DAS ERBBAURECHT
NACH DEM B.G.B.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT ERLANGEN

VORGELEGT VON

MAX KOHN AUS NÜRNBERG

RECHTSPRAKTIKANT AM STADTMAGISTRATE NÜRNBERG.

APPROBIERT AM 1. DEZEMBER 1904.

BORNA-LEIPZIG

BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE

1905.

22

DAS ERBBAURECHT
NACH DEM B.G.B.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT ERLANGEN

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

VORGELEGT VON

MAX KOHN AUS NÜRNBERG

RECHTSPRAKTIKANT AM STADTMAGISTRATE NÜRNBERG.

APPROBIERT AM 1. DEZEMBER 1904.

BORNA-LEIPZIG

BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE

1905.

MEINEN LIEBEN ELTERN!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0084

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erster Abschnitt.

Zeitliche und örtliche Verbreitung des Instituts 2

Zweiter Abschnitt.

Art der gesetzlichen Regelung im allgemeinen 5

Dritter Abschnitt.

Begriff und Inhalt des Erbbaurechtes.

1. Im allgemeinen 8
2. Das Erbbaurecht in seiner Eigenschaft als Belastung . . . 9
3. Das Erbbaurecht in seiner Eigenschaft als Grundstück . . 16
4. Inhalt 26
   - A. Das Grundstück 26
   - B. Das Bauwerk 27
   - C. Das Verhältnis zwischen Grundstück und Bauwerk . 33
   - D. Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigter; ihre Rechte und Pflichten 39

Vierter Abschnitt.

Entstehung des Erbbaurechtes und Änderung des ursprünglichen Rechtsinhaltes.

Allgemeines 56
- A. Bestellung durch Vertrag 56
  1. Das Grundgeschäft 57
  2. Der dingliche Vertrag 59
  3. Die Eintragung 63
- B. Entstehung durch Ersitzung 70
- C. Begründung durch Vermächtnis 72
- D. Änderung des ursprünglichen Rechtsinhaltes 72

Seite

Fünfter Abschnitt.

Erwerb des bestehenden Erbbaurechtes 74
1. Rechtsgeschäftliche Übertragung 74
2. Durch Ausschlußurteil gemäß § 927 B.G.B. 77
3. Aneignung (§ 928) 78
4. Sonstige Erwerbsarten 79
5. Formelles Verfahren 79

Sechster Abschnitt.

Belastungen 81
1. Dienstbarkeiten und Nießbrauch 82
2. Vorkaufsrecht und Rückkaufsrecht 83
3. Erbbaurecht 84
4. Reallast und Belastung gemäß § 1010 B.G.B. 85
5. Hypothek 85
6. Die Belastungen in formeller Hinsicht und Einfluß des Erlöschens des Erbbaurechtes 94

Siebenter Abschnitt.

1. Beendigungsgründe 97
a) Rechtsgeschäftliche Aufhebung 97
b) Eintritt der Bedingung bezw. des Endtermines . 101
c) Anspruchsverjährung gemäß § 901 B.G.B. . . . 102
d) Zwangsvollstreckung ins belastete Grundstück . 102
e) Zwangsenteignung des belasteten Grundstückes . 103
f) Zusammentreffen von Recht und Grundstückseigentum in einer Person 104
2. Die Löschung 104
3. Untergang des Bauwerkes 106
4. Rechtliches Schicksal des Bauwerkes beim Erlöschen des Erbbaurechtes 109

Achter Abschnitt.

Schutz des Erbbaurechtes und Zwangsvollstreckung in dasselbe . . 111
A. Schutz 111
B. Zwangsvollstreckung 113

Literaturverzeichnis.

Achilles-Strecker, Die G.B.O. Berlin 1901.

Biermann, Das Sachenrecht des B.G.B. 2. Aufl. Berlin 1903.

Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. 1898.

Cosack, Bürgerliches Recht. Bd. 2. 1899.

Degenkolb, Platzrecht und Miete. 1867.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 1896.

Dernburg, Sachenrecht des B.G.B. 1901.

Endemann, Bürgerliches Recht (Sachenrecht). 1898.

Enneccerus und **Lehmann,** Das bürgerliche Recht. Bd. 2. 1898.

Erbbaurecht und Arbeiterwohnungen, in Schriften der Zentralstelle für Arbeiter-Wohlfahrtseinrichtungen Nr. 22. Berlin 1903. (Zitiert „Zentralstelle".)

Eschenbach, Die finanzielle Frage des Erbbaurechtes, in Soziale Streitfragen von Damaschke Heft 11.

Eschenbach, Die Kreditquelle des Erbbaurechtes, Jahrbücher f. Nationalökonomie und Statistik 3. Folge Bd. 20 Heft 5, 1900.

Fuchs, Grundbuchrecht. Berlin 1902.

Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. 1897. S. 37.

Grünberg, Bauten auf fremdem Grund; ein Beitrag zur Würdigung des Erbbaurechtes. Wien 1903.

Hagenunger, Das Erbbaurecht. Dissertation. Freiburg 1902.

Klein, Die Rechtsformen der Gebrauchsleihe im deutschen B.G.B. Wien 1902.

Kober, Kommentar zum Sachenrecht. Bd. 3. 1898.

Kretzschmar, Das Erbbaurecht, Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Heft 13 3. Jahrg.

Maenner, Das Recht der Grundstücke nach dem B.G.B. und der G.B.O. München 1899.

Motive zum B.G.B. und Protokolle.

Neumann, Handausgabe des B.G.B. Bd. 1. 3. Aufl.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 3. Aufl. 1904.

Oertmann, Erbbaurecht und hypothekarische Belastung, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 20 S. 184 ff.

Oertmann, Die soziale Bedeutung des Erbbaurechtes, in Soziale Streitfragen von Damaschke Heft 11.

Oertmann, Zur Würdigung des Erbbaurechtes, in den Annalen des Deutschen Reichs 1904 Nr. 8.

Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. 3. 2. Aufl. 1902.

Predari, Kommentar zur G.B.O. Berlin.

Preuß. Just.-Min.-Blatt Jahrg. 1902 S. 6—8: „Über die Zulässigkeit der Beleihung von Erbbaurechten mit Mündelgeld.

Reinhard, Erbbaurecht. Dissertation. Leipzig 1901.

Sehling, Prof. Dr. Emil, Die Rechtsverhältnisse an den der Verfügung des Grundeigentümers nicht entzogenen Mineralien, mit bes. Berücksichtigung des Kohlenbergbaues im Herzogtum Schlesien u. a., sowie des Kalibergbaues in der Provinz Hannover.

Sohm, Vom Erbbaurechte, in Soziale Streitfragen von Damaschke Heft 11.

Sohm, Deutsche Volksstimme 1901 S. 547—550, Mündelsicherheit und Erbbaurecht.

Strecker, Vorschriften des B.G.B. über Rechte an Grundstücken, 1898.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen. Paderborn 1900. 2. Aufl.

Wächter, Platzrecht, in der Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfakultät zu Leipzig, 1870.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes. Bd. 1. 8. Aufl. 1900.

Einleitung.

Das B.G.B. vom 18. August 1896 hat in seinen Rahmen das Institut des Erbbaurechtes aufgenommen. Von seiten der Juristen hat diese Aufnahme bisher ziemlich wenig Beachtung gefunden, umsomehr wurde sie dagegen von verschiedenen sozialpolitischen Gruppen zum Gegenstande lebhaftester Erörterungen gemacht, und während sie die einen, insbesondere Gruppen von Bodeninteressenten, ziemlich skeptisch betrachten und das Institut gelegentlich sogar der Begünstigung „kommunistischer Tendenzen" verdächtigten, wird die Aufnahme desselben in die Kodifikation von vielen Seiten als bedeutungsvolle soziale Tat gepriesen: es wird darin ein Mittel erblickt zur Lösung einer der ernstesten sozialpolitischen Fragen, von welcher Volksgesundheit und Volkskultur abhängen, zur Lösung der Wohnungsfrage. Gegner wie Freunde des Erbbaurechtes aber betonen übereinstimmend, daß es zu einer definitiven Rechtfertigung ihrer Auffassungen ebenso an ausreichenden praktischen Erfahrungen mit dem Institute fehle wie an einer genügenden wissenschaftlich-theoretischen Erforschung desselben in der Gestalt, in welcher es das B.G.B. neuerdings in das deutsche Rechtsleben eingeführt hat. Nur Theorie und Praxis im Vereine werden einen sicheren Rückschluß auf die Verwertbarkeit des Erbbaurechtes zu den großen Zwecken, für die es bestimmt ist, gestatten, und so mag der Versuch nicht unangebracht erscheinen, im folgenden einen Beitrag zur theoretischen Klärung des Instituts zu liefern.

Erster Abschnitt.

Zeitliche und örtliche Verbreitung des Instituts.

Das Erbbaurecht ist keine Neuschöpfung des B.G.B.: wie es zeitlich auf eine große Vergangenheit zurückblicken kann, so hat es, unter den verschiedensten Namen und allerdings auch Modifikationen im einzelnen, eine weite räumliche Verbreitung gefunden. Im römischen Rechte tritt es uns als *superficies* entgegen; es wurde dazu benützt, Staats- und Gemeindeland sowie kaiserliche Grundstücke, welche nicht veräußert werden sollten oder konnten, zu verwerten, ohne das Eigentum daran aufgeben zu müssen, und ist auf kapitalistische und kolonisatorische Beweggründe zurückzuführen. Mit der Rezeption des römischen Rechtes fand auch die Superfizies Eingang in Deutschland, aber schon vor der Rezeption bestand auch hier ein der Superfizies verwandtes Rechtsinstitut, ein Recht, auf fremdem Grundstücke zu bauen: es war dies die Bodenleihe, in Gestalt der hofrechtlichen und insbesondere der sog. freien Leihe; diese Rechtsinstitute gewannen im Deutschland des Mittelalters eine außerordentliche Ausdehnung und Entwicklung in der Form des Lehens-, Bauer-, Lehnsmeier-, Zins- und Erbpachtrechtes, in der Form des Ober- und Untereigentums. Das Charakteristische dieser Rechte lag in einem vererblichen und veräußerlichen Nutzungsrechte, welches die Rechte des Eigentümers selbst fast bis auf ein Rentenrecht erschöpfte (vgl. Mot. III S. 262, 263). Aber auch in die meisten modernen deutschen Gesetzgebungen wurde das Institut übernommen: seine Regelung findet sich im

preußischen Landrechte (Teil I Titel 22 §§ 243—246), im österreichischen allgemeinen Gesetzbuche als Bodenzinsrecht (§§ 1125, 1147—1150), im sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche als Bau- und Kellerrecht (§ 661), und auch im Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern ist es als sog. Platzrecht vorgesehen (Art. 334—340).

Und wie in Deutschland, so begegnet uns das Erbbaurecht auch in den fremdländischen Rechten. In Form des *Lease*-Systems hat das Institut in England die ausgedehnteste Anwendung gefunden, das bürgerliche Gesetzbuch Hollands beschäftigt sich damit in den §§ 758—766, und nach dessen Muster hat es schon zu Beginn des vorigen Jahrhunderts auch in Belgien im Gesetze vom 10. Januar 1824 spezielle Regelung erfahren; neuerdings hat man sich auch in der Schweiz dem Institute zugewendet, indem es in den Vorentwurf eines schweizerischen Civilgesetzbuches aufgenommen wurde. In Rumänien existieren unter der Bezeichnung *embatic, besman, naiméla* unzweifelhafte Bodenzinsrechte aus älterer Zeit; durch die moldauische und walachische Kodifikation aus dem Jahre 1817 (*Code Kallimaki* §§ 1506 ff. und *Code Caragea Pars III* Kap. V §§ 1—5) geregelt, wurden sie in dem 1864 promulgierten *Code civil* (§ 1415) aufrecht erhalten, ihre Neubegründung jedoch für die Zukunft verboten.[1]) Ja, nach Kohler[2]) kommen sogar im Gebiete des islamitischen Rechtes Superfiziarverhältnisse als sog. *hekr* oder *hukr* häufig vor.

So interessant sich auch eine Erörterung über das Erbbaurecht in rechtsvergleichender Hinsicht gestalten würde, so mögen doch mit Rücksicht auf die hier gestellte Aufgabe diese Hinweise genügen, um einerseits das Alter des Rechtsinstituts wie andererseits seine ausgedehnte lokale Verbreitung anzudeuten. Nur gelegentlich soll auf den Inhalt dieser partikularrechtlichen und fremdländischen Kodifikationen Bezug genommen werden, und ebenso wird auch von einer selb-

[1]) vgl. Grünberg a. a. O. S. 7.

[2]) Neue Beiträge zum Islamrechte in der „Zeitschrift f. vgl. Rechtswissenschaft" Bd. 12. S. 23.

ständigen Darstellung des Erbbaurechtes nach römischem und gemeinem Rechte abgesehen mit Rücksicht auf die vortrefflichen, erschöpfenden Monographien, die wir Degenkolb („Platzrecht und Miete") und Wächter („Superfiziar- oder Platzrecht") verdanken. Die folgende Darstellung soll sich daher, in der Hauptsache wenigstens, auf das Erbbaurecht in der Gestalt beschränken, welche es durch das B.G.B. vom 18. August 1896 erhalten hat.

Zweiter Abschnitt.

Art der gesetzlichen Regelung im allgemeinen.

Die Regelung des Erbbaurechtes im B.G.B. findet sich im vierten Abschnitte des dritten Buches in den §§ 1012—1017. Die Abschnitte 4—9 dieses Buches beschäftigen sich mit den begrenzten Rechten an Sachen, den sog. Belastungen, und stehen dem Eigentume (3. Abschnitt) gegenüber, welches das unbegrenzte Recht an der Sache ist. Die Stellung, welche hiernach das Erbbaurecht im Systeme des Gesetzbuches, jenseits des Obligationenrechtes zwischen Eigentum und den übrigen begrenzten dinglichen Rechten, einnimmt, ist bezeichnend für seine Tendenz und seine rechtliche Natur. Beiden Materien, zwischen welche das Gesetz seine Normierung eingereiht hat, steht das Erbbaurecht gleichzeitig auch innerlich nahe, denn „es gibt kaum ein zweites Gebilde, in dem der Zug zum Eigentume in so paradoxer Spaltung und Gegensätzlichkeit wirkt wie im Erbbaurecht“,[1]) indem den Interessen Dritter, der Allgemeinheit an dem mit Monopolcharakter behafteten Grund und Boden durch das Erbbaurecht Rechnung getragen wird, ohne daß der ausgesprochene Zug zur Verstärkung der Oberhoheit des Eigentums, welchen das Gesetz bei der Regelung der meisten Gebrauchsleiheverhältnisse zeigt, hierdurch eine Beeinträchtigung erlitte; und wenn die Motive zum Entwurfe Bd. 3 S. 467 mit dem Hinweise, „daß

[1]) vgl. Klein, Die Rechtsformen der Gebrauchsleihe im deutschen B.G.B. S. 36.

das Erbbaurecht nur sporadisch vorkomme und nur verhältnismäßig geringe Parzellen belaste", die Aufnahme des dem extrem individualistischen Geiste des Entwurfes offenbar ziemlich unsympathischen Institutes rechtfertigen zu müssen glaubten,[1]) so hätte es daher tatsächlich einer solchen Rechtfertigung nicht bedurft. Wie so die Tendenz des Erbbaurechtes in wirtschaftlicher und sozialer Beziehung zu gleicher Zeit nach zwei an sich entgegengesetzten Richtungen sich bewegt, so stellt es sich auch in rechtlicher Hinsicht als ein Zwittergebilde dar, indem es, auf der einen Seite begrenztes Recht an einem fremden Grundstücke, auf der andern Seite sich zum Grundstücke verselbständigt, in sich also die Doppelstellung eines Rechts und einer Sache vereinigt.

Bevor jedoch hierauf des näheren eingegangen wird, sei kurz im allgemeinen auf die Art hingewiesen, in welcher das Gesetz die Materie behandelt hat. Maßgebend sind die oben genannten Vorschriften des B.G.B., zu welchen ergänzend noch einige Bestimmungen der G.B.O. und der C.P.O. hinzutreten. Bei der Regelung hat sich das B.G.B. in der Hauptsache an die römisch-gemeinrechtliche Superfizies angelehnt und ist im allgemeinen nur insoweit hiervon abgewichen, als sich dies für notwendig erwies mit Rücksicht auf die dem römischen Rechte fremde Einrichtung des Grundbuches sowie praktische Bedürfnisse der Gegenwart. Die Regelung selbst, die das Erbbaurecht findet, ist nicht materieller, sondern bloß formaler Natur, eine inhaltliche Regelung ist überhaupt vermieden. Das Gesetz gibt nur den allgemeinen Zweck des Verhältnisses an, schafft durch einige Vorschriften und namentlich durch die Verweisung auf die Eigentumsanalogie die Rechtsform, alles übrige ist der Parteivereinbarung überlassen; keine dispositiven, subsidiären Gesetzesnormen sind vorhanden, um inhaltlich eine sichere rechtliche Grundlage zu gewähren: nur als ein leeres Gehäuse, eine Hülse ohne

[1]) vgl. Oertmann, Die soziale Bedeutung des Erbbaurechtes a. a. O. S. 26.

Inhalt glaubt aus diesem Grunde Klein (a. a. O. S. 33) das Institut bezeichnen zu dürfen. Der Ausbau dieses Gehäuses, der Inhalt dieser Hülse wird infolgedessen erst durch das Begründungsgeschäft, insbesondere den Vertrag geschaffen und so werden die gleichlautenden Vertragsstipulationen die Rechtsquelle für das materielle Recht des Verhältnisses werden. Ob sich dabei die Notwendigkeit ergeben wird, dem Mangel an einer inhaltlichen Regelung durch ein Spezialgesetz abzuhelfen, wie in der Presse[1]) und auch in der Literatur[2]) angeregt wurde, oder ob in der Beschränkung des Gesetzes auf die formale Normierung vielleicht eine weise Zurückhaltung zu erblicken ist, wird die Praxis lehren. Voraussetzung zur gedeihlichen Entwicklung und Funktionierung des Rechtsinstitutes im Leben ist aber wie stets die Rechtsform, sie ist keineswegs etwas Gleichgültiges, scheinbar unlebendig kann sie jederzeit zu voller ausschlaggebender Bedeutung gelangen.

[1]) vgl. z. B. Kölnische Zeitung vom 30. IX. 1901 Nr. 764.
[2]) vgl. z. B. Grünberg a. a. O. S. 69.

Dritter Abschnitt.

Begriff und Inhalt des Erbbaurechtes.

I. Im allgemeinen.

Das Erbbaurecht ist nach dem B.G.B. § 1012 die Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben.

Seinem wirtschaftlichen Inhalte nach stellt es sich als ein Nutzungsrecht dar; im Vergleiche zu den Dienstbarkeiten, denen es als solches am nächsten verwandt ist, erhält es in dieser Beziehung sein charakteristisches Gepräge durch die ausschließlich zulässige Sonderart der Nutzung: aus der unbegrenzten Zahl von Benutzungsarten, welche den Inhalt einer Grund- oder beschränkt-persönlichen Dienstbarkeit bilden können, ist die ganz bestimmte Art der Benutzung des fremden Grundstücks zu dem Zwecke herausgegriffen, auf oder unter der Oberfläche desselben ein Bauwerk zu haben.

Seiner rechtlichen Natur nach trägt das Erbbaurecht einen „Januskopf", es besitzt, wie bereits oben angedeutet, eine Doppelnatur, indem es gemäß § 1012 B.G.B. begrenztes Recht an einem fremden Grundstücke, also Belastung desselben, ist, während zugleich durch die Bestimmung des § 1017 Abs. 1 B.G.B., welche dahin geht, daß für das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten sollen, ihm Grundstückscharakter verliehen wird. „Das

Erbbaurecht ist juristisch eine Art Amphibium. Es lebt in allen Reichen, hat von jedem etwas“ (Klein a. a. O. S. 32).

2. Das Erbbaurecht in seiner Eigenschaft als Belastung.

Vier rechtliche Konstruktionen hat das Erbbaurecht im Laufe der Zeiten und in den verschiedenen Rechten erfahren: die Konstruktion als geteiltes Eigentum, als Miteigentum, als Sondereigentum an der baulichen Anlage und schließlich als Benutzungsrecht. Im preußischen allgemeinen Landrecht außerdem wird das dem Erbbaurecht entsprechende als Superfizies oder Platzrecht bezeichnete dingliche Recht, auf fremdem Grund und Boden Gebäude, Bäume und Holzungen zu haben (A.L.R. I, 22 § 243), obwohl es anders wie die Servituten vererblich und veräußerlich ist, unter die Grundgerechtigkeiten eingereiht und von der Praxis auch als solche aufgefaßt (Ob.Trib.Entsch. 68 S. 121 ff., R.G. Gruch. 40 S. 1131).

Während im römischen und auch gemeinen Rechte der Gedanke eines geteilten Eigentums bei der strengen Ausbildung des Eigentumsbegriffes keinen Anklang finden konnte, wurde die Lehre vielfach auf die entsprechenden deutschrechtlichen Verhältnisse angewandt, indem dem Leiheherrn das Obereigentum, das *dominium directum*, dem Beliehenen das Unter- oder Nutzeigentum, *dominium utile*, zugeschrieben wurde. Ebenso passen die Glossatoren[1]) auf das Rechtsgebilde die Lehre vom geteilten Eigentum an und erkannten dem Eigentümer das *dominium directum*, dem Superfiziar das *dominium utile* zu, und in gleicher Weise erscheint noch das Bodenzinsrecht des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in der Form des geteilten Eigentums. In der modernen gemeinrechtlichen Doktrin ist die Lehre vom geteilten Eigentum verworfen, da wahrer Eigentümer nur der sein kann, der das Recht auf die Gesamtheit der Sache hat, eine Stellung, welche allein dem Grundeigentümer, aber nicht

[1]) Landsberg, Glosse des *Accursius* S. 97.

dem Superfiziar zukommt; nach der herrschenden, von Savigny, Rudorff, Degenkolb, Wächter und Windscheid vertretenen Ansicht hat der Superfiziar nur eine *juris quasi possessio*. Im B.G.B. konnte natürlich von einer Konstruktion als geteiltes Eigentum keine Rede sein, da nach dem von ihm beobachteten prinzipiellen Standpunkt hinsichtlich des Eigentumsbegriffes das Eigentum nicht in einzelne Arten, die sich begriffsmäßig voneinander unterscheiden, zerfällt und daher eine Zerlegung in Ober- und Untereigentum nicht möglich ist.[1])

Den Begriff des Miteigentums kennt das B.G.B. und eine Konstruktion des Erbbaurechts als Miteigentum wäre daher an sich nicht unmöglich gewesen: allein eine solche Beurteilung der Verhältnisse liegt aus praktischen Erwägungen und mit Rücksicht auf das eigentliche Wesen des Verhältnisses so ferne, daß sie ebensowenig in Betracht kommen konnte wie die Annahme des geteilten Eigentums und die Motive (III S. 467) sich mit der Konstatierung begnügen, daß „von diesen beiden Konstruktionsarten nicht die Rede sein kann". Nur zwei Konstruktionen der Superfizies stehen sich im geltenden Recht daher nach den Motiven (III S. 466) noch gegenüber, die als Sondereigentum an der baulichen Anlage und die als Benutzungsrecht. Die erstere ist für den Fall, daß das Erbbaurecht an einem schon bestehenden Bauwerk eingeräumt ist, nach den §§ 93, 94 unmöglich; errichtet aber der Erbbauberechtigte selbst erst das Bauwerk, so ist er allerdings nach § 95 Abs. 1 dessen Eigentümer, allein Gegenstand des Erbbaurechtes ist nicht das Bauwerk, sondern sein Recht besteht darin, auf oder unter der Oberfläche eines Grundstücks ein Bauwerk zu haben; das Grundstück aber, auf oder unter dessen Oberfläche das Bauwerk sich befindet, steht nicht im Eigentum des Erbbauberechtigten; mit der Konstruktion des Erbbaurechtes als Sondereigentum am Bauwerke wäre natürlich auch in diesem Falle für das Verhältnis

[1]) vgl. Planck Anm. 3 der Vorbem. zu § 903 S. 129.

des Erbbauberechtigten zum Bodeneigentümer nichts gewonnen, es würde unaufgeklärt bleiben, ob mit diesem Sonderrechte zugleich ein Benutzungsrecht am Grund und Boden verbunden ist (vgl. Planck Anm. 1 der Vorbem. zu § 1012 S. 292; Fuchs Anm. 1c zu § 1012; Turnau-Förster, Übersicht vor § 1012 I, 2).

Nachdem nun die drei besprochenen Konstruktionsarten für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht in Betracht kommen konnten, mußte es sich im Anschluß an die Lehre des gemeinen Rechtes und die meisten Gesetzgebungen für die vierte Möglichkeit entscheiden: das Erbbaurecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs stellt sich dar als die Belastung eines fremden Grundstückes, also als ein beschränktes dingliches Recht an einem fremden Grundstücke. Die vom Bürgerlichen Gesetzbuch aufgenommenen Belastungen scheiden sich scharf in zwei sich gegenüberstehende Gruppen: als die eine ist die Gruppe der Sachnutzungsrechte, zu welchen das Erbbaurecht und die Dienstbarkeiten gehören, und als die andere die der Sachhaftungsrechte, welche die übrigen begrenzten Rechte umfaßt, zu betrachten (vgl. Mot. III S. 475, auch S. 450). Gewährt bei den Nutzungsrechten die Sache dem Berechtigten unmittelbar die Vorteile seines Rechtes, so sichert sie ihm bei der letzteren Art von Rechten nur einen Leistungsanspruch durch eine absolut geschützte Exekution in die Sache; durch Realexekution absolut geschützt sind zwar auch die aus den dinglichen Sachnutzungsrechten Berechtigten, aber bei ihnen erschöpft sich nicht der Inhalt des Rechtes in der Absolutheit des Klageschutzes und der Realexekution, während er sich bei den Sachhaftungsrechten wohl darin erschöpft.[1]) Das Erbbaurecht ist also ein Sachnutzungsrecht und steht infolge dieses Charakters als „eine privilegierte persönliche Dienstbarkeit", als welche man es nach den Motiven (vgl. III S. 475) auch ansehen könnte, den Dienstbarkeiten äußerst nahe, während es sich wie diese durch den auf eine Benutzung der

[1]) vgl. Fuchs a. a. O. S. 30c.

belasteten Sache gerichteten Inhalt von den übrigen begrenzten Rechten unterscheidet. Das Recht, ein fremdes Grundstück als Baugrund zu benutzen, kann auch den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden (Mot. III S. 468 Z. 7, 475). Allein die Benutzung eines fremden Grundstückes als Baugrund kann Inhalt einer Grunddienstbarkeit nur dann sein, wenn diese Benutzung für die Benutzung des Grundstückes des Berechtigten Vorteil bietet (§ 1019); sonst ist nur eine beschränkt-persönliche Dienstbarkeit zulässig (§ 1090). Eine Dienstbarkeit des Inhaltes, daß ein fremdes Grundstück als Baugrund benutzt werden darf, ist hiernach als Grunddienstbarkeit infolge der Verbindung mit dem Grundstück des Berechtigten inhaltlich, als beschränkt-persönliche Dienstbarkeit infolge der Verbindung mit der Person des Berechtigten (§§ 1092, 1061, 1090 Abs. 2) in ihrer Dauer beschränkt.[1]) „Die Zulassung der Begründung von Dienstbarkeiten, welche nicht in dieser Weise inhaltlich, bezw. der Dauer nach beschränkt sind, würde dazu führen, daß vererbliche und veräußerliche Benutzungsrechte begründet werden könnten, welche das Eigentum an der belasteten Sache auf die Dauer in weitem Umfange schwächen, ja erschöpfen, und selbständige, dem Eigentume an Dauerhaftigkeit gleichkommende Rechtsgüter und Verkehrsobjekte sind. Für die ausnahmsweise Zulassung der Schaffung derartiger dauernder Gerechtigkeiten muß ein spezieller, in dem besonderen Zwecke einer gewissen Art der Benutzung liegender Grund vorhanden sein. Der Entwurf findet einen solchen Grund in dem Zwecke der Benutzung eines Grundstückes, um auf demselben ein Bauwerk zu haben. Der Unternehmer einer solchen Anlage muß, wenn sein Unternehmen auf einer festen wirtschaftlichen Grundlage ruhen soll, einer langen, nicht durch den Wegfall seiner Person begrenzten Dauer seines Rechtes gewiß sein“ (Mot. III S. 466). Mit Rücksicht auf diesen seinen Zweck wurde das Erbbaurecht, befreit von den den Dienstbarkeiten

[1]) vgl. Planck, Vorbem. zu § 1012 Z. 3.

hinsichtlich des Inhalts oder der Dauer der Rechtsausübung gesetzten Schranken, mit unbegrenzter Veräußerlichkeit und Vererblichkeit ausgestattet. Hierin ist das wesentliche Kriterium von Dienstbarkeiten und Erbbaurecht zu erblicken; nicht etwa die besondere Nutzungsart, auf welche das Erbbaurecht beschränkt ist, bildet — wie Fuchs (Anm. 2a zu § 1012) ausführt — das begriffliche Unterscheidungsmerkmal, sondern während bei den Dienstbarkeiten jede unvererbliche und unveräußerliche Nutzungsart des Bodens, also auch die Baugrundnutzung, der Rechtsinhalt sein kann, ist beim Erbbaurecht lediglich die Baugrundnutzung zulässig, aber nur in vererblicher und veräußerlicher Weise. Diesen Standpunkt teilen auch die Motive. Die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit gehören zum Wesen des Rechts, und damit die Grenze zwischen Superfiziarrechten und Dienstbarkeiten nicht verwischt werde und Zwitterbildungen ermöglicht würden, an deren Behandlung sich viele Zweifel knüpften, war in § 961 Abs. 3 Entw. I bestimmt: „Die Veräußerlichkeit sowie die Vererblichkeit des Erbbaurechtes kann nicht ausgeschlossen werden.“ Bei der zweiten Lesung wurde Abs. 3 gestrichen, offenbar, weil er — angesichts des Satzes, daß für das Sachenrecht das Prinzip der Vertragsfreiheit der Beteiligten nicht gilt (vgl. Mot. III S. 77 Z. 9) neben der Hervorhebung der Veräußerlichkeit und Vererblichkeit in der Definition des Abs. 1 entbehrlich erschien.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt also nur vererbliche und veräußerliche Superfiziarrechte, weil dem praktischen Bedürfnisse genügt ist, wenn die Begründung solcher Rechte zugelassen wird (vgl. Mot. III S. 471 Z. 4). Die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit des Rechts kann daher auch, weil wesentlich für den Begriff des Erbbaurechtes, nicht mit dinglicher Wirkung im Wege des Vertrages ausgeschlossen werden. Es kommt § 137 B.G.B. zur Anwendung, nach welchem die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen und beschränkt werden kann. Freilich wird diesem Satze des § 137

hinzugefügt: „Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt“; der Sinn des allerdings nicht völlig klaren § 137 ist der, daß eine solche Ausschließung zwar unter den Kontrahenten obligatorische Wirkung erzeugt, Dritten gegenüber aber auch durch Eintragung in das Grundbuch niemals wirksam wird (vgl. Turnau-Förster, Anm. 3 zu § 1012). Durch die obligatorische Verpflichtung des Erbbauberechtigten, sich der Veräußerung zu enthalten, verliert das Recht noch nicht seinen Charakter; wollen die Beteiligten aber ein Recht auf Baugrundnutzung nur mit der dinglichen Eigenschaft der Unveräußerlichkeit und Unvererblichkeit begründen, so können sie dies nur in der Form der Dienstbarkeit.

Ebensowenig wie durch Vertrag kann durch eine Bedingung oder Befristung die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit ausgeschlossen werden; daß das Erbbaurecht wie jede andere Belastung des Grundstücks bedingt oder betagt begründet werden kann, davon wird später die Rede sein. Unzulässig ist dann aber jedenfalls, das Recht in der Weise befristet zu bestellen, daß es mit dem Tode des Berechtigten endet; denn dann würde das bestellte Recht eben nicht vererblich sein und damit einer ihm nach dem Gesetze wesentlichen Eigenschaft entbehren. Und das gleiche gilt von der auflösenden Bedingung, wonach das Erbbaurecht durch seine Veräußerung erlöschen soll; denn durch eine solche Bedingung würde dem Rechte die Veräußerlichkeit genommen werden, und dies erscheint mit dem Begriffe des Rechtes unvereinbar. Um die Erfüllung des besonderen Zweckes zu ermöglichen, dem das Erbbaurecht dienen soll und mit Rücksicht auf welchen die ausnahmsweise Zulassung der Schaffung eines solchen geradezu anomalen Institutes von den Motiven gerechtfertigt wird (III S. 466 Z. 1), muß dasselbe in seinem Bestande unabhängig sein wie von einer bestimmten Person so auch von einem bestimmten Grundstücke: einerseits unbeschränkt und unbeschränkbar veräußerlich und vererblich, darf es andererseits nicht als subjektiv-dingliches

Recht begründet werden, d. h. die Bestellung eines Erbbaurechtes zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks ist unzulässig. Liegt die Voraussetzung des § 1019 B.G.B. vor, so kann der mit der Begründung eines Erbbaurechtes als eines subjektiv-dinglichen Rechtes verfolgte Zweck durch die Bestellung einer Grunddienstbarkeit mit entsprechendem Inhalte erreicht werden. Sollte auf diesem Wege den Bedürfnissen des Grundstückseigentümers nicht genügt werden können, so bleibt als letzter Ausweg eine Verbindung des Erbbaurechtes mit dem Eigentume seines Grundstückes in Gemäßheit der §§ 890 1017 B.G.B. übrig. Inwieweit und mit welcher Wirkung die Möglichkeit einer solchen Verbindung gegeben ist, wird im nächsten Abschnitte erörtert werden.

War bisher von der Stellung die Rede, welche das Erbbaurecht unter den dinglichen begrenzten Rechten einnimmt, so ist nun noch kurz auf die Unterschiede hinzuweisen, die zwischen dem Erbbaurechte und dem in Frage kommenden obligatorischen Rechte, der Pacht, bestehen. Bestimmend für den Umfang und die Wirksamkeit des Rechtes des Pächters, auf dem gepachteten Grundstücke ein Bauwerk zu errichten und zu haben, ist die obligatorische Natur seines Rechtes. Wird das Bauwerk von dem Pächter nicht nur zu vorübergehenden Zwecken (§ 95 B.G.B.) errichtet, so wird es, wie es das Normale ist, Bestandteil des Grundstückes, was bei dem vom Erbbauberechtigten errichteten Bauwerke niemals eintreten kann (§ 95). Ferner muß jeder Eigentümer des Grundstücks das vom Erbbauberechtigten errichtete Bauwerk dulden, denn der letztere hat ein auf dem Grundstücke selbst lastendes Recht, der Pächter hat dagegen nur einen persönlichen Anspruch, ein bloßes Forderungsrecht darauf, daß sein Verpächter das Bauwerk dulde. Ersitzt ein Nichteigentümer das Grundstück (§§ 900, 927 B.G.B.), so ist er an den von dem bisherigen Eigentümer geschlossenen Pachtvertrag nicht gebunden und braucht das Bauwerk des Pächters nicht zu dulden, während das Recht des Erbbauberechtigten durch einen Wechsel in

der Person des Bodeneigentümers in keiner Weise betroffen wird. Der Pächter hat eben nur ein obligatorisches Recht gegen den Verpächter, dessen Erben und gegen diejenigen, an welche der Verpächter das Grundstück veräußert (§§ 571, 581 B.G.B.), das Recht des Erbbauberechtigten wirkt dagegen gegen alle Personen, die jemals Eigentümer des Grundstücks werden, und daher auch gegen den Ersitzer, gegen welchen der Pächter machtlos ist.

3. Das Erbbaurecht in der Eigenschaft als Grundstück.

Rechte fallen an sich nach dem B.G.B. nicht unter die Sachen. Indessen hat die geschichtliche Entwicklung in großen Gebieten des Reiches dahin geführt, gewissen Rechten mit Rücksicht auf ihre Selbständigkeit, Dauer, Vererblichkeit und Veräußerlichkeit den Charakter von Grundstücken zu gewähren und sie dann nach den für Grundstücke geltenden Vorschriften zu behandeln. Eine Darstellung der diesbezüglichen Rechtszustände in den deutschen Landesgesetzgebungen vor dem Inkrafttreten des B.G.B. findet sich in den Motiven III S. 37 ff.; nach dem bayrischen Hyp.-Ges. vom 1. VI. 1822 § 3 sind fruchtbringende dingliche Rechte buchungsfähig, sofern sie gesetzlich den Immobilien gleichgestellt und selbständig sind, auch nicht mit dem Tode des Berechtigten erlöschen. Der 1. Entw. hatte die Frage, welche dieser Berechtigungen Grundstücksnatur erhalten oder behalten sollten, der Landesgezetzgebung offen gelassen und im § 781 Abs. 2 nur bestimmt: „Auf Berechtigungen, welche ein Blatt im Grundbuche erhalten können, finden die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften entsprechende Anwendung.“ Das B.G.B. hat in Anlehnung an den Entw. II diese Bestimmung gestrichen und von den begrenzten Rechten an einem Grundstücke, welche es in seinem Rahmen regelt, dem Erbbaurecht allein Grundstückscharakter verliehen: § 1017 B.G.B. bestimmt,

daß für das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, und fügt in seinem 2. Abs. bei, daß die auf den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung finden sollten.

Allgemeine Voraussetzung für die Anwendung der im § 1017 getroffenen Bestimmung ist, daß es sich um das Erbbaurecht in seiner Eigenschaft als selbständiges Recht handelt; als solches und nur als solches soll und kann es im Rechtsverkehre wie ein Grundstück behandelt werden; dagegen kommt das Erbbaurecht in seinem Verhältnisse zu dem belasteten Grundstücke notwendigerweise lediglich als eine Belastung in Betracht, und insoweit ist die Anwendung der Vorschriften über Grundstücke begrifflich ausgeschlossen. In die äußere Erscheinung treten die Selbständigkeit und Grundstücksgleichheit des Erbbaurechtes dadurch, daß für das Recht ein besonderes Grundbuchblatt angelegt werden kann und unter Umständen angelegt werden muß; des näheren wird hiervon unten die Rede sein.

Hinsichtlich des Kreises der gemäß § 1017 B.G.B. anwendbaren Vorschriften besteht eine Kontroverse. Zweifellos ist, daß nicht etwa nur die sachenrechtlichen Vorschriften des 3. Buches, sondern alle Vorschriften des B.G.B., welche für Grundstücke getroffen werden, gemeint sind, soweit natürlich nicht die Wesensverschiedenheit von Sache und Recht der Gleichstellung im Wege steht; und ferner kommen nicht nur die sich ausschließlich auf Grundstücke beziehenden, sondern alle sich nicht ausschließlich auf bewegliche Sachen beziehenden Vorschriften in Betracht, also alle Bestimmungen, welche Sachen schlechthin im Gegensatze zu den Rechten betreffen, auch hier natürlich wieder mit der eben erwähnten Einschränkung. Fuchs (Anm. 3 b. zu § 1017) vertritt die Ansicht, daß unter den sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften nur die des B.G.B. und des E.G. hierzu, keineswegs ohne weiteres alle übrigen reichs- oder landesgesetzlichen Vorschriften zu verstehen seien; der Umstand, daß die G.B.O.

(§§ 20, 22 Abs. 2) hinsichtlich der grundbuchrechtlichen Behandlung und die C.P.O. (§§ 864, 870 Abs. 1, 932) hinsichtlich der Zwangsvollstreckung und des Arrestes das Erbbaurecht ausdrücklich den Grundstücken an die Seite stellt, sowie insbesondere die Fassung des § 20 G.B.O., der neben der Auflassung eines Grundstückes auch die Übertragung des Erbbaurechtes ausdrücklich hervorhebt, spreche dafür, daß in Ansehung aller übrigen Reichsgesetze und Landesrechte die Gleichstellung nur gelte, wenn sie dort ausdrücklich statuiert sei; dieser Standpunkt wird unterstützt durch den Art. 22 des preuß. A.G. z. R.G.B.O. vom 26. 9. 1899. Dieser Anschauung treten Planck (Anm. 1 zu § 1017) und Biermann (Anm. 1 c zu § 1017) entgegen, indem es sich nach ihrer Meinung nicht lediglich um Vorschriften des B.G.B. handle, sondern diese vielmehr auch in andern Reichs- oder Landesgesetzen enthalten sein können, vorausgesetzt, daß diese Gesetze nach dem B.G.B. entstanden oder revidiert sind und ein Gesetz nicht ausdrücklich eine Ausnahme macht. Es dürfte der letzteren Ansicht zuzustimmen sein, denn eine so enge Auslegung des § 1017, wie sie Fuchs vertritt, würde eine Menge von Einzelbestimmungen notwendig machen, um nicht auffällige Lücken im Rechtssysteme entstehen zu lassen, und nur dadurch werden Unzuträglichkeiten vermieden, daß das Recht schlechthin den sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften unterworfen wird (vgl. auch Motive III S. 40 Z. 2). Übrigens kommt dieser Streitfrage eine erhebliche praktische Bedeutung nicht zu eben mit Rücksicht auf die oben angeführten ausdrücklichen Gleichstellungen, welche die G.B.O. und die C.P.O. aussprechen.

Daß neben der Bestimmung des § 1017 Abs. 1 im 2. Absatze dieses Paragraphen die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften als auf das Erbbaurecht entsprechend anwendbar erklärt werden, ist um deswillen geschehen, weil es Eigentum nur an Sachen, nicht aber an Rechten gibt, und weil außerdem hervorgehoben werden sollte, daß nur die besonders

genannten Vorschriften über das Eigentum zur Anwendung heranzuziehen sind, während dies bezüglich der andern und so insbesondere derjenigen über den Verlust des Eigentums nicht der Fall ist. Gemeint sind hier selbstverständlich nur Vorschriften des B.G.B., und zwar nur solche über Grundeigentum; über die Anwendbarkeit einzelner Bestimmungen gehen auch hier die Meinungen auseinander. (Näheres vgl. in den Abschnitten über Erwerb des Erbbaurechtes und Schutz desselben.)

Als Wirkungen der Anwendung der Liegenschaftsnormen auf das Erbbaurecht seien hier bereits, da grundlegend für die folgenden Erörterungen, nachstehende hervorgehoben:

a) In formeller Beziehung äußert sich die Grundstücksnatur des Erbbaurechtes in der grundbuchrechtlichen Behandlung.

b) Als eine Folge von lit. a) wird fast übereinstimmend[1]) im Anschlusse an die Mot. (III S. 468) angenommen, daß die Verbindung eines Erbbaurechtes mit dem Eigentume eines andern Grundstückes, also die vom Gesetze ausgeschlossene subjektive Dinglichkeit, zulässigerweise auf dem Umwege erreicht werden kann, daß ein erworbenes Erbbaurecht einem dem Erbbauberechtigten gehörenden Grundstücke nach den §§ 890 1017 Abs. 1 B.G.B., 5 G.B.O. zugeschrieben wird. Die Zuschreibung des Erbbaurechtes als Bestandteil nach § 890 Abs. 2 begegnet auf keiner Seite einem Bedenken; für die Vereinigung des Rechtes mit dem Grundstücke zu einem Grundstücksganzen nach § 890 Abs. 1 sprechen sich Oberneck, Maenner, Kretzschmar aus, und auch Planck und Biermann treten dieser Auffassung nicht entgegen, da sie nicht nur dem Wortlaute, sondern auch dem Zwecke des § 890 entspreche und aus der Natur des Erbbaurechtes sich ein Grund gegen die Anwendung nicht ableiten ließe; Fuchs dagegen glaubt, daß, wenn das Gesetz auch aus Gründen der Zweckmäßigkeit die subjektiv-dinglichen Rechte als Be-

[1]) vgl. Planck, Anm. 6 der Vorbem. zu § 1012; Biermann, Anm. 1 zu § 1012; Kretzschmar S. 434; Fuchs, Anm. 5b zu § 1012.

standteile des Grundstücks behandle, so widerstrebe es doch dem juristischen Empfinden, daß ein Grundstück und ein Erbbaurecht zu einem Grundstücke sollten vereinigt werden können. Jedenfalls ist eine solche Verbindung eine beliebige und jederzeit lösbare, während bei den subjektiv-dinglichen Rechten, bei den Grunddienstbarkeiten begriffsmäßig und bei dem Vorkaufsrechte und den Reallasten vermöge besonderer Vorschriften (§§ 1103 Abs. 1, 1110) die Verbindung unlöslich ist. Eine Erweiterung des Inhaltes des Erbbaurechtes kann in einer solchen Verbindung nicht erblickt werden, und ebensowenig erleidet sein Wesen dadurch eine Änderung. Im übrigen kann der Verbindung im Wege der Landesgesetzgebung entgegengewirkt werden, denn auf Grund Art. 119 Z. 3 E.G. z. B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche die nach § 890 Abs. 1 B.G.B. zulässige Vereinigung mehrerer Grundstücke oder die nach § 890 Abs. 2 B.G.B. zulässige Zuschreibung eines Grundstückes zu einem andern Grundstücke untersagen oder beschränken.

c) Mit dem Erbbaurechte können, wie mit einem Grundstücke, subjektiv-dingliche Rechte verbunden werden; das Erbbaurecht erscheint als herrschendes Grundstück, die subjektiv-dinglichen Rechte gelten als seine Bestandteile gemäß §§ 96—1017 B.G.B.[1])

d) Zweifelhaft ist, ob auf Grund des Liegenschaftscharakters des Erbbaurechts von einer Anwendbarkeit des § 94 Abs. 1 B.G.B. gesprochen werden kann, d. h. zweifelhaft ist die Frage, ob nicht nur subjektiv-dingliche, mit dem Erbbaurecht verbundene Rechte, sondern auch Sachen als Bestandteile desselben betrachtet werden können. Vom rein logischen Standpunkte aus ist die Anwendbarkeit des § 94 Abs. 1 natürlich ausgeschlossen, da Sachen nur wesentliche Bestandteile einer Sache sein können; praktisch ist jedoch unentbehrlich, dem Erbbaurechte die Fähigkeit, Bestandteile und zwar wesent-

[1]) Planck, Anm. 2a zu § 1017; Fuchs, Anm. 4a zu § 1017; Kretzschmar a. a. O. S. 443; Maenner § 30 Ende; usw.

liche Bestandteile zu besitzen, zuzuerkennen, denn andernfalls würde das vom Erbbauberechtigten errichtete und somit ihm gehörige Bauwerk den an dem Erbbaurechte Berechtigten, insbesondere den Hypothekengläubigern, nicht haften, was den Erbbauberechtigten nahezu kreditlos machen und damit die praktische Verwertbarkeit des Rechtes vereiteln würde.

In Erkenntnis dieser Notwendigkeit sucht Oertmann[7]) die Bedenken, daß eine Sache doch nicht wohl wesentlicher Bestandteil eines Rechtes sein könne, auf einem Umwege zu überwinden, indem er folgendes ausführt. Er lege allerdings nicht dem Wortlaute des § 1017 ohne weiteres entscheidende Kraft bei. Wäre das Ergebnis, zu dem wir durch Unterstellung des Bauwerks unter die Bestandteile des Erbbaurechtes kommen, ein sinnwidriges, so müßte der Wortlaut des § 1017 schweigen. Aber dem sei nicht so. Praktisch werde eine Unterstellung des Bauwerkes unter die auf dem Erbbaurechte lastenden Hypotheken gebieterisch gefordert. Aber auch begrifflich schwänden die mitgeteilten Bedenken. Mit Recht sagten die Protokolle (Bd. 3 S. 645), daß die Ausnahme von der Regel, welche den Zubehörbegriff auf das Verhältnis von Sachen zu Sachen beschränke, nur eine scheinbare sei. Man müsse eben daran festhalten, daß im § 1017 in Wahrheit nicht das Erbbaurecht als abstraktes Gedankending den Regeln über die Grundstücke unterworfen werde – das wäre ein logisches Unding. Es handle sich vielmehr nur um die dem Erbbaurechte unterworfene Sache selbst in den Beziehungen und der Begrenzung, wie sie durch den Charakter des Erbbaurechtes gewiesen werde. Wie nach der allein richtigen und im ganzen vorherrschenden Lehre in den Fällen des sog. Nießbrauches, des Pfandrechtes an Forderungen, des *subpignus* usw. das erste Recht nicht Objekt des zweiten sei, sondern in so oder so beschränkter Weise auf den Träger des zweiten Rechtes übertragen werde, so daß Mutter- und Tochterrecht dasselbe Objekt haben, und die genannten Aus-

[7]) Archiv f. bürg. Recht Bd. 20, 2. Heft S. 189ff.

drücke nur eine im Interesse der Bequemlichkeit erträgliche, aber logisch nicht genaue Bezeichnung darstellten, so auch hier: es würden aus der Gesamtheit der Qualitäten des Grundstücks die dem Erbbaurechte unterworfenen gewissermaßen als ausgeschieden angesehen und mit einem diese Verselbständigung bezeichnenden besondern Namen belegt. Nicht auf das Erbbaurecht als Recht, sondern auf die insoweit verselbständigten Qualitäten des Grundstückes, die dem Erbbaurechte unterworfen seien, werde im § 1017 in wiederum logisch anfechtbarer, aber bequemer und im Grunde unmißverständlicher Bezeichnungsweise der Ausdruck „Erbbaurecht" angewendet. Insoferne sei Böhm (Grundbuchrecht, zu § 1017 Nr. 1) beizustimmen, wenn er nicht sowohl das Erbbaurecht als vielmehr den Gegenstand des Erbbaurechtes dem Grundstücke gleichgestellt sein lasse.

Der dem Erbbaurechte unterworfene Grundstücksteil oder -Gehalt („das Grundstück als dem Erbbaurecht unterworfenes") sei natürlich eine körperliche Sache, nicht wie das Erbbaurecht selbst ein bloßes Gedankending, und nichts brauche uns an der Annahme zu hindern, daß dieser verselbständigten Sache (wesentliche) Bestandteile zukommen.

In ähnlicher Weise hat sich das sächsische B.G.B. über diese Schwierigkeiten durch positive Vorschrift (§ 661) hinweggeholfen, indem es die Bestellung des sich begrifflich mit dem Erbbaurechte deckenden Bau- und Kellerrechtes als eine Abtrennung des Baugrundes von dem Grundstücke ansah, weshalb das Recht nur mit der Zustimmung der Hypothekargläubiger begründet werden konnte; das Recht gelangte zur vollständigen Unabhängigkeit vom Oberflächengrundstück und wurde damit auch den Wirkungen einer Zwangsvollstreckung in dieses Grundstück entzogen; das Recht wurde also als ein vom Grundstücke abgetrennter Substanzteil angesehen. Eine solche Auffassung gestattet uns aber die Begriffsbestimmung des Erbbaurechtes im B.G.B. nicht.

Zu dem gleichen praktischen Ergebnisse, wie Oert-

mann auf dem angegebenen Umwege, gelangen Fuchs (Anm. 2 § 1017) und Biermann (Anm. 1a § 1017), indem sie aus dem § 1017 B.G.B. kurzerhand den Satz ableiten, daß das vom Erbbauberechtigten errichtete Bauwerk „gemäß § 94 B.G.B. wesentlicher Bestandteil des als Grundstück geltenden Erbbaurechtes sei. Denn die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen sind wesentliche Bestandteile des Grundstückes, also hier des Erbbaurechtes, außer wenn § 95 vorliegt, und das ist hier nicht der Fall". Auch Kretzschmar (S. 442) nimmt dies an, ohne eine besondere Begründung für erforderlich zu halten. Wie bereits erwähnt, ist vom rein logischen Standpunkte aus diese Annahme unmöglich, aber dieser rein logische Standpunkt ist nicht ausschlaggebend, das beweist uns das Gesetz selbst. Wenn auf Grund des Gesetzes — wie wir im vorhergehenden gesehen haben — gemäß §§ 890 1017 B.G.B. zulässig ist, daß ein Erbbaurecht als Bestandteil einem Grundstücke zugeschrieben oder gar mit ihm zu einem Grundstücksganzen vereinigt wird, wenn § 96 B.G.B. positiv bestimmt, daß mit dem Eigentume an einem Grundstücke verbundene Rechte als dessen Bestandteile und ebenso insbesondere mit dem Erbbaurechte verbundene subjektiv-dingliche Rechte — wie oben hervorgehoben — als dessen Bestandteile gelten, handelt es sich da nicht in allen Fällen um eine Verbindung von Recht und Sache, bezw. sogar von Recht und Recht zu einer Einheit, die logischerweise nur von körperlichen Sachen gebildet werden kann? Es ist eben streng zwischen tatsächlicher und rechtlicher Verbindung zu unterscheiden; die letztere kann recht wohl ohne die erstere bestehen, und in allen Fällen, wo es sich um einen unkörperlichen Gegenstand handelt, kann von einer tatsächlichen Verbindung überhaupt keine Rede sein. Aus den angeführten Gesetzbestimmungen geht hervor, daß im Prinzipe das Gesetz eine rechtliche Verbindung von Sache (Grundstück) und Recht in der Weise für zulässig erklärt, daß zwischen beiden, bezw. zwischen zwei Rechten das Verhältnis von Hauptsache und Bestandteil besteht; es

hält also zur Herstellung eines solchen Verhältnisses die tatsächliche Verbindung, welche die Logik verlangt, nicht für erforderlich. „Der Ausdruck wesentliche Bestandteile ist für das, was damit gesagt werden soll, wenig bezeichnend. Es soll dadurch nicht ausgedrückt werden, daß die Bestandteile zum Wesen der Sache, welche sie bilden, erforderlich sind, sondern daß das Recht sie nur noch als Bestandteile, in keiner Beziehung aber als selbständige Sachen behandelt" (Planck Anm. 1a zu § 93).

Und diese einheitliche Behandlung findet ihre Rechtfertigung darin, daß die Bestandteile ihren wirtschaftlichen Zweck und damit ihren Wert regelmäßig nur in der von ihnen gebildeten Sache haben (Mot. III S. 41). Daß eine solche wirtschaftliche Zusammengehörigkeit, die den inneren Grund für die Bestandteilseigenschaft einer Sache bildet, im Verkehrsleben auch zwischen Recht und Sache bestehen kann, bedarf keiner weiteren Begründung, das Erbbaurecht selbst liefert ein drastisches Beispiel hiefür. Wenn aber die innere Voraussetzung der Rechtsform erfüllt ist, und wenn mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Selbständigkeit eines Rechtes das Gesetz sich nicht scheut, das Recht als Grundstück zu betrachten und als solches zu behandeln, warum sollte man da vor der weiteren Konsequenz zurückschrecken, dem fingierten Grundstücke die Fähigkeit, Bestandteile zu haben, zuzuerkennen? Der Verstoß gegen die Logik, der hiermit begangen wird, ist nur ein Ausfluß des gesetzlich fingierten Grundstücksnatur des Rechts, die an sich auch unlogisch ist; er kann daher für die Beantwortung der vorliegenden Frage nicht maßgebend sein, und dies umsoweniger, weil — wie wir oben gesehen haben — das Gesetz selbst positive Vorschriften unter Verletzung dieses logischen Standpunktes trifft und damit die Berechtigung der aus der unlogischen Fiktion zu ziehenden Konsequenzen anerkennt. — Jedenfalls — sei es, daß wir den von Oertmann vorgeschlagenen Umweg für erforderlich halten, sei es, daß wir uns lediglich auf die §§ 1017/94 Anm. 1 stützen, steht fest, daß das Erbbaurecht wesentliche Bestandteile haben kann.

Aus dieser Feststellung aber folgt gleichzeitig auch die Möglichkeit, bewegliche Sachen als Zubehör des Erbbaurechtes gemäß § 97 B.G.B. zu betrachten. Auch hier wird, wie bei der Frage nach der Fähigkeit des Erbbaurechtes, Bestandteile zu haben, eine Hauptsache vorausgesetzt, als welche ein Recht logischerweise nicht gelten kann, aber auch hier können und müssen die sich hieraus ergebenden Bedenken in der gleichen Weise beseitigt werden, wie bei der im vorhergehenden behandelten Frage. Daß der an sich auf das Verhältnis von Sachen zu Sachen beschränkte Zubehörbegriff auch auf das Erbbaurecht Anwendung findet, entspricht der Absicht des Gesetzgebers (Mot. III S. 65 Ziff. 7, S. 645 Abs. 2). Das Zubehör des Erbbaurechtes ist natürlich nicht identisch mit dem Zubehör des Bauwerks; das Zubehör des Bauwerks ist nur gleichzeitig Zubehör des Erbbaurechtes, wenn das Bauwerk selbst wesentlicher Bestandteil des Rechtes ist.[1])

Von der Hervorhebung weiterer Wirkungen der Grundstücksnatur des Erbbaurechtes wird an dieser Stelle abgesehen, weil es einerseits unnötig ist, auf Vorschriften, deren Anwendbarkeit gemäß § 1017 B.G.B. außer Zweifel steht, näher einzugehen, und weil andererseits die Besprechung solcher, auf Grund des § 1017 B.G.B. heranzuziehenden Bestimmungen, auf welche aus irgend einem Grunde ausdrücklich hinzuweisen ist, zweckmäßiger bei Behandlung der einschlägigen Materien erfolgt. Nur was das gegenseitige Verhältnis des dem Erbbaurecht gleichzeitig anhaftenden Belastungs- und Liegenschaftscharakters anlangt, sei kurz folgendes betont: Vom Standpunkte des Grundstückseigentümers angesehen stellt sich das Erbbaurecht dar als eine auf das Grundstück gelegte Last, vom Standpunkt des Erbbauberechtigten aus als ein selbständiges, grundstücksgleiches Recht. Die Rechtssphäre der beiden Beteiligten ist nach

[1]) vgl. auch Turnau-Förster Bd. 1 S. 33 Ziff. 4; Fuchs Anm. 5b zu § 1017.

dem Gesetze voneinander getrennt zu denken; das Erbbaurecht ist der Idee nach von dem Grundstücke losgelöst.[1]) Indessen ist daran festzuhalten, daß es seinem Begriffe nach immer eine Belastung, daß die Gleichstellung mit einem Grundstücke eine positiv-rechtliche Satzung ist, und daß daher diese zurücktreten muß, wo der Begriff im Wege steht. Seinem Wesen nach stellt sich also das Erbbaurecht als das dingliche, veräußerliche und vererbliche, subjektiv-persönliche, auf die Benutzung des Bodens als Baugrund gerichtete Recht an einem fremden Grundstücke dar, welches durch Verleihung der Grundstücksnatur eine besondere, aber nicht zum Wesen gehörige, positive Ausgestaltung erfahren hat. Die Bezeichnung „Erbbaurecht" wurde vom Gesetz gewählt, weil diese nach der deutschen Rechtssprache den Charakter des Rechts als eines selbständigen veräußerlichen und vererblichen Rechtsgutes hervortreten läßt (Motive III S. 468).

4. Inhalt des Erbbaurechtes.

A. Das Grundstück.

Gegenstand des Erbbaurechtes ist ein Grundstück. Natürlich braucht die reale Benutzung des Grundstücks als Baugrund sich nicht auf das ganze Grundstück zu erstrecken und wird regelmäßig nicht das ganze Grundstück ergreifen, sondern nur den eigentlichen Baugrund. Die reale Belastung (Ausnutzung) ist aber nicht mit der rechtlichen Belastung (Haftung) zu verwechseln; auch wenn das Erbbaurecht seiner Ausübung nach auf einen bestimmten realen Teil des Grundstücks beschränkt ist, das Bauwerk also nur einen bestimmten Teil des Grundstücks körperlich belastet, ergreift doch das Recht in seiner Eigenschaft als Belastung des Grundstücks das ganze Grundstück als rechtliche Einheit. Dies zeigt sich

[1]) vgl. Zentralstelle S. 113.

insbesondere im Falle der Zwangsvollstreckung; wird das Grundstück auf Antrag eines im Range dem Erbbaurechte vorgehenden Berechtigten frei vom Erbbaurechte versteigert, so verwandelt sich dieses in einen Ersatzanspruch, für welchen der Erlös des ganzen Grundstückes zur Verfügung steht. Auf Grund des § 1017 B.G.B. ist aber auch § 946 B.G.B. anwendbar: hieraus folgt, daß, wenn eine bewegliche Sache mit dem Grundstück als wesentlicher Bestandteil verbunden wird, das Erbbaurecht sich auch auf diese Sache erstreckt. An einem (ideellen) Bruchteile eines Grundstücks kann ein Erbbaurecht nicht bestellt werden, da das Erbbaurecht ein Gebrauchsrecht ist und das Grundstück unmittelbar trifft; der Entw. I § 961 Abs. 2 hatte dies ausdrücklich ausgesprochen, die Vorschrift ist jedoch von der 2. Kommission als selbstverständlich gestrichen worden. An einem real bestimmten Teile eines Grundstücks kann ein Erbbaurecht begründet werden; soll dies geschehen, so ist dieser Teil gemäß § 6 G.B.O. von dem Grundstück abzuschreiben und als selbständiges Grundstück einzutragen. Nach der Ansicht von Fuchs (Anm. 3 zu § 1012) sind Naturalteilungen des belasteten Grundstücks auf den Bestand des Erbbaurechtes einflußlos und findet § 1026 B.G.B. keine Anwendung; Kretzschmar (S. 435) dagegen hält eine sinngemäße Anwendung für angebracht, doch dürfte mit Rücksicht auf die obigen Ausführungen, daß stets das ganze Grundstück als rechtliche Einheit, insbesondere bei der Zwangsvollstreckung der Erlös des ganzen Grundstückes, dem Erbbauberechtigten haften, der von Fuchs vertretenen Meinung beizupflichten sein. Ob das Erbbaurecht selbst kraft seiner Grundstücksnatur Gegenstand eines Erbbaurechtes sein, d. h. ob es mit einem weiteren Erbbaurechte belastet werden kann, davon wird unten die Rede sein.

B. Das Bauwerk.

Dem allgemeinen Ausdrucke „Bauwerk“ ist der Vorzug vor dem spezielleren Ausdrucke „Gebäude“ gegeben, um auch

Monumente, Brücken, Viadukte, Rohr-, Schienen- und Telegraphenleitungen und dergl. zu begreifen (Mot. III S. 470). Unter „Bauwerk“ glaubt Maenner (§ 30 S. 191) im Anschluß an das Reichsgericht (Entsch. Strafs. 30 S. 238, Rechtspr. 6 S. 477) ein selbständiges, von Menschenhand errichtetes, mit Grund und Boden fest verbundenes Werk verstehen zu sollen; nicht erforderlich ist, daß das Bauwerk für einen dauernden Zweck errichtet wird, so daß ein Zirkus oder ein Ausstellungsgebäude für die Dauer einer Weltausstellung z. B. als Bauwerk aufgefaßt werden kann. Zweifelhaft ist, ob zum Begriff des Bauwerkes, insbesondere wenn es sich um Bestellung eines Erbbaurechts handelt, eine „feste Verbindung mit Grund und Boden“ gehört. Da nach dem Wortlaute des § 1012 das Bauwerk auf oder unter der Erdoberfläche des Grundstückes errichtet sein muß, so daß das Grundstück den Baugrund bildet, so liegt die Annahme nahe, daß es nicht genüge, wenn der Bau, wie dies z. B. bei einer Brücke oder einer Röhrenleitung der Fall sein kann, lediglich den Luftraum des Grundstückes durchschneidet; denn dann ist das Bauwerk weder auf noch unter, sondern über der Oberfläche des Grundstückes errichtet.[1]) Wenn auch der Wortlaut des Gesetzes auf diese Fälle eigentlich nicht paßt, so spricht doch das Bedürfnis auch hier dafür, die Begründung einer veräußerlichen und vererblichen Belastung zuzulassen, und deshalb geht die überwiegende Ansicht dahin, es sei nicht erforderlich, daß das Bauwerk das Grundstück selbst berührt.[2])

Mit Rücksicht auf die begriffsmäßige Veräußerlichkeit des Erbbaurechts kann, wie auch Oberneck § 80 Z. 1 annimmt, die Erwerbung des Rechtes, auf einem Friedhofe ein Erbbegräbnis zu haben, niemals ein Erbbaurecht sein; ein solches Rechtsverhältnis untersteht dem B.G.B. überhaupt

[1]) vgl. Kretzschmar S. 437.

[2]) vgl. Planck Anm. 3a zu § 1012; Biermann Anm. 1 zu § 1012; Fuchs Anm. 7 zu § 1012.

nicht, sondern den landesrechtlichen Vorschriften (Art. 133 E.G. z. B.G.B.). Gleichwohl hat das O.L.G. Stuttgart[1]) in folgendem Sinne entschieden: an Begräbnisstätten kann ein Erbbaurecht zu dem Zwecke bestellt werden, Sicherheit für alle Zeiten dagegen zu erlangen, daß die Grabstätten zerstört werden und der Grund und Boden, worin und worauf sie sich befinden, in anderer Weise benützt werde; als „Bauwerke" im Sinne des § 1012 sind Grabstätten jedoch nicht anzusehen, wenn es sich nur um einfache Gräber, d. h. nicht ausgemauerte Gruben, in denen die Särge versenkt sind und die im Laufe der Zeit als solche verschwinden, handelt, sondern nur dann, wenn sich auf den Grabstätten z. B. steinerne Denkmäler befinden, wenn die Gräber nach Art von Grüften angelegt, vielleicht auch, wenn sie nur mit steinernen oder ähnlichen festen Einfriedigungen versehen sind. Daß das auf dem fremden Grundstücke errichtete Bauwerk ein für sich selbständiges, dort in sich abgeschlossenes, weitere Grundstücke nicht belastendes sei, wird nicht verlangt, vielmehr ist es zulässig, daß das Bauwerk nur zum Teil auf dem belasteten Grundstücke seht, während es im übrigen auf dem Grundstücke des Berechtigten oder auf einem weiteren angrenzenden fremden Grundstücke errichtet wird. Ebenso kann die bauliche Anlage auch in einer Mehrheit von Bauwerken bestehen, z. B. in der Schienenanlage nebst den Wartehallen einer Straßenbahn.

Unzulässig dagegen ist, wie § 1014 B.G.B. ausdrücklich vorschreibt, die Beschränkung des Erbbaurechtes auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk. Im Unterschied zu dem unmittelbar vorher Gesagten geht das Verbot also lediglich dahin, daß nicht ein und dasselbe Gebäude nur zum Teil den Gegenstand eines Erbbaurechts bilden darf. Ist ein Grundstück mit mehreren Gebäuden besetzt, so braucht also das Erbbaurecht nicht die gesamten Gebäude zu umfassen, sondern es kann sich auf eines der-

[1]) E. vom 14. 8. 1903, R. d. O.L.G. Bd. 8 S. 122.

selben, z. B. eine selbständig stehende Scheune, beschränken, nur muß es sich eben um das ganze Gebäude handeln. Die Motive begründen die Bestimmung des § 1014 damit, daß ein solches, auf einen Teil eines Gebäudes beschränktes superfiziarisches Recht zu schlecht abgegrenzten und leicht zu Streitigkeiten anlaßgebenden Rechtsverhältnissen führen würde; die ausdrückliche Verneinung der Zulässigkeit halten sie für erforderlich, weil nach der Begriffsbestimmung die Stockwerkssuperfizies als zugelassen angesehen werden könnte (Mot. III S. 470). Bei der zweiten Lesung wurde beantragt, die Stockwerkssuperfizies als Ersatz für das reichsgesetzlich abgelehnte Stockwerkseigentum anzuerkennen, die Mehrheit war jedoch der Meinung, daß die Gründe, welche gegen jenes sprächen, auch gegen dieses sprechen, und daß dem tatsächlich abnehmenden Bedürfnis durch den Vorbehalt des Art. 131 E.G. z. B.G.B (Herbergsrecht) und die Begründung einer Grunddienstbarkeit genügt werde.

Der § 1014 gebraucht im Gegensatze zum § 1012 den Ausdruck „Gebäude". Ob diese Bezeichnung gleichbedeutend sein soll mit der weiteren: „Bauwerk" oder eine beabsichtigte Einschränkung enthält, kann zweifelhaft sein. Planck (Anm. 1 zu § 1014) vertritt die Ansicht, daß das Verbot des § 1014 sich nicht auf die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines andern Bauwerks als eines Gebäudes beziehe; es könne also an einem Teile eines unter der Oberfläche des Grundstücks befindlichen Bauwerks, z. B. einem Teile eines Kellers, ein Erbbaurecht begründet werden; natürlich könne sich das Erbbaurecht auch auf das Bauwerk unter der Oberfläche, z. B. den Keller, oder das Bauwerk auf der Oberfläche beschränken, während das auf der Oberfläche, bezw. das unter ihr befindliche Bauwerk dem Rechte des Erbbauberechtigten nicht unterliege.

Dieser Anschauung ist mit Kretzschmar (S. 438 oben) entgegenzutreten, denn die oben angeführten Gründe, die zu der Aufstellung der Vorschrift geführt haben, kommen für ein Bauwerk jeder Art, nicht bloß für ein Gebäude im engeren

Sinne in Betracht: es wird also das Wort „Gebäude" an dieser Stelle im weiteren Sinne, d. i. gleichbedeutend mit „Bauwerk", zu nehmen sein. Ob ein Anbau, Keller, Schuppen usw. Teil eines Gebäudes oder selbständiges Gebäude ist, wird Tatfrage sein. Ein bloßer Teil eines Gebäudes ist dann nicht vorhanden, wenn die Baulichkeit selbständig, ohne Zuhilfenahme anderer Gebäudeteile, benutzbar ist. Dies kann, braucht aber natürlich nicht bei Kellern der Fall zu sein.[1])

Die Beschränkung des Erbbaurechts auf ein Stockwerk ist im § 1014 ausdrücklich ausgeschlossen. Nach Art. 182 E.G. zum B.G.B. bleibt das z. Z. des Inkrafttretens des B.G.B. bestehende Stockwerkseigentum bestehen, und bestimmt sich das Rechtsverhältnis der Beteiligten untereinander nach den bisherigen Gesetzen. Ein solches Stockwerkseigentum besteht nach französischem und badischem Landrecht (Art. 664 c. c., nach bayerischer (Roth, Bayer. Civilrecht § 120 Note 37) und württembergischer (Plen.-Beschl. des württemb. Ob.-Trib. v. 22. 1. 1869, württemb. Archiv 12 S. 329; dagegen Mandry ebenda 13 S. 191) Praxis, in Meiningen, Schleswig und Frankfurt a. M.;[2]) im preuß. Landrecht hat es nach der neueren Praxis keinen Boden. Im bayer. Entw. III Art. 212—215 ist das Sondereigentum an räumlich ausgeschiedenen Teilen eines Gebäudes in seinen Einzelheiten geordnet, und in den Mot. hierzu S. 71 der eingenommene Standpunkt begründet; dieser Standpunkt des bayer. Entw. wird vom B.G.B. abgelehnt und diese Ablehnung in den Mot. zum B.G.B. (III S. 45 f.) ausführlich gerechtfertigt. Als Ersatzmittel dient, wie oben bereits angedeutet, auf Grund des Art. 131 E.G. z. B.G.B. ein Miteigentum nach Bruchteilen unter Einräumung eines ausschließlichen Benutzungsrechtes an einem Teile des Gebäudes für jeden der Miteigentümer; dabei kann die Landesgesetzgebung die Anwendung der §§ 749—751 B.G.B. sowie des § 16 Abs. 2 Satz 1 K.O. ausschließen, d. h.

[1]) vgl. Biermann Anm. zu § 1014; Maenner S. 191 Anm. 5.
[2]) Roth a. a. O. Note 36.

den Miteigentümern, ihren Gläubigern, dem Konkursverwalter das Recht entziehen, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen.[1])

Wird die Nutzung eines realen Gebäudeteiles als Baugrund beabsichtigt — man denke z. B. an die Zugangsbrücken zu einer Straßenhochbahn —, so sind die Beteiligten genötigt, wenn sie ein vererbliches und veräußerliches Erbbaurecht begründen wollen, das ganze Gebäude und nicht bloß den Raum, auf welchem die Zugangsbrücke ruht, zu belasten, oder aber sie müssen sich mit einer Dienstbarkeit, einem Mietsrechte usw. begnügen.

Da nach dem Gesetze das Erbbaurecht sich nur auf ein „Bauwerk" beziehen kann, so ist damit die Pflanzungssuperfizies, d. h. die Befugnis zum Haben von Pflanzungen auf fremdem Grund und Boden, *implicite* ausgeschlossen. Im gemeinen Recht war diese Frage bestritten; während Büchel,[2]) Schmid[3]) und Heimbach[4]) dieselbe grundsätzlich verneinen, wird sie von der Mehrzahl, darunter Wächter,[5]) Windscheid[6]) und Dernburg,[7]) bejaht. Auch im preußischen, österreichischen, belgischen und holländischen Rechte ist die Pflanzungssuperfizies zugelassen. Der Standpunkt des B.G.B. wird in den Mot. (III S. 470) damit gerechtfertigt, daß durch die Zulassung „die im volkswirtschaftlichen Interesse bei der unbeschränkten Dauer der Superfizies erforderliche strenge Begrenzung des möglichen Inhaltes dieses Rechtes aufgegeben werden würde, obgleich kein Bedürfnis einer solchen

---

[1]) vgl. hierzu: bayer. Ges. über das Liegenschaftsrecht in der Pfalz vom 1. 7. 1898 Art. 20; Bayer. Ges., Übergangsvorschr. z. B.G.B. betr., vom 9. 5. 1899 Art. 42; hess. A.G. z. B.G.B. Art. 216.

[2]) Civilrechtl. Erörterungen 1832 Bd. 1 S. 56 ff.

[3]) Das Recht der Superfizies in der Savigny Zeitschr. Bd. 9 S. 61.

[4]) in Weiskes Rechtslexikon S. 697.

[5]) Platzrecht in der Sammlg. von Abhandlg. der Mitglieder der Juristenfakultät zu Leipzig 1870 S. 53 ff.

[6]) S. 999, 1002 Pand. Bd. 1, 1900.

[7]) S. 644 ff. Pand. Bd. 1, 1896.

Erweiterung hervorgetreten sei; die Pflanzungssuperfizies könnte außerdem wegen Fixierung der Kulturart schädlich wirken". Diese Gründe sind jedoch nicht stichhaltig und werden daher mit Recht von Dernburg (§ 161 Z. 2 B.G.B. Bd. 3) scharf bemängelt, der dartut, daß im Gegensatze zu den Ausführungen der Motive gerade für Pflanzungen Zulassung von superfiziarischen Rechten Bedürfnis wäre. Über den Ausschluß des Erbbaurechtes an Pflanzungen muß man sich hinweghelfen, indem man sich mit der Bestellung von Dienstbarkeiten oder Pachtrechten begnügt oder gemäß § 1013 B.G.B. das Erbbaurecht auf die Benutzung des Bodens, in welchem die Pflanzungen wurzeln, erstreckt; über die letztere Möglichkeit wird unten noch gesprochen werden.

Die inhaltliche Beschränkung des superfiziarischen Rechts auf „Bauwerke" bezieht sich jedoch nur auf nach dem Inkrafttreten des B.G.B. neu begründete Rechte; die nach früherem Rechte schon begründet gewesenen derartigen Rechte bleiben mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalte und Range bestehen, doch gilt auch für sie § 1017 B.G.B. (Art. 184 E.G. z. B.G.B.).

C. Verhältnis zwischen Grundstück und Bauwerk.

Die dem Berechtigten eingeräumte Befugnis muß auf das Haben eines Bauwerkes auf oder unter der Oberfläche des Grundstückes gehen. Darauf, ob das Bauwerk z. Zt. der Begründung des Erbbaurechtes schon besteht oder von dem Berechtigten erst errichtet wird, kommt es, was die Zulässigkeit der Begründung des Erbbaurechtes anbetrifft, nicht an. Dagegen ist dieser Umstand für die Frage nach der rechtlichen Natur des Bauwerks und des Eigentums an demselben von ausschlaggebender Bedeutung. Nach römisch-gemeinem Rechte konnte der Superfiziar niemals Eigentümer des Gebäudes sein, denn auch das vom Superfiziar selbst errichtete Gebäude fiel nach dem Rechtssatze *„Superficies solo cedit"* notwendig in das Eigentum des Grundeigentümers, und

jener erlangte daran nur ein „Recht an fremder Sache“. Der genannte römisch-rechtliche Grundsatz ist allerdings prinzipiell auch ins Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen, nach den §§ 93, 94 fallen die mit dem Boden festverbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, als wesentliche Bestandteile des Grundstücks dessen Eigentümer zu. Aber hiervon setzt § 95 verschiedene Ausnahmen fest: insbesondere werden nicht Bestandteile Gebäude oder Werke, die jemand in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke mit diesem verbunden hat. Da zu diesen Rechten auch das Erbbaurecht gehört, so sind bezüglich des Eigentums an dem Bauwerke, welches der Berechtigte auf oder unter der Oberfläche des Grundstückes haben darf, folgende zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Das Bauwerk ist bereits vor der Begründung des Erbbaurechtes errichtet. Die Bestellung des Rechtes hat dann keinen Einfluß auf die Eigentumsverhältnisse, normalerweise wird das Eigentum am Bauwerke in diesem Falle dem Grundstückseigentümer zustehen. Denn, wenn dieser das Bauwerk errichtet hat oder auch während des Bestehens des Erbbaurechtes neu errichtet, so ist er notwendigerweise, ohne Möglichkeit einer vertragsmäßigen Abänderung, gemäß §§ 93, 94 B.G.B. Eigentümer desselben. Anders ist die Sachlage nur, wenn das Bauwerk vor Begründung des Erbbaurechtes auf Grund des § 95 Abs. 1 Satz 2 in Ausübung eines Rechtes am Grundstücke von einem früheren Berechtigten — z. B. einem Nießbraucher oder auch Erbbauberechtigten — mit dem Grundstücke verbunden worden ist; diese Fälle werden jedoch so selten vorkommen, daß auf sie nicht näher eingegangen zu werden braucht. Soweit also die Voraussetzungen des § 95 nicht gegeben sind, ist das Bauwerk wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 94) und als solcher kein geeigneter Gegenstand „besonderer“ (§ 93), d. h. anderer als am Grundeigentume bestehender Rechte.

Dieser auch von den Motiven (III S. 469, 473) geteilten, der herrschenden Lehre entsprechenden Auffassung wird von Fuchs (Anm. 8 zu § 1012) entgegengetreten, der es mit dem

Begriff des Erbbaurechts für unvereinbar hält, daß das Bauwerk im Eigentume des Grundstückseigentümers stehe. Denn wenn auch das Bauwerk dem Bodeneigentümer gehöre, so handle es sich für den Erbbauberechtigten nicht um das „Haben" eines Bauwerkes auf fremdem Boden, sondern allenfalls um die „Benutzung" eines fremden Bauwerkes und fremden Bodens; die oben vertretene Anschauung hält Fuchs mit dem Wortlaute des Gesetzes nicht recht für vereinbar und befürchtet von ihr eine Verwischung der Grenzen zwischen Dienstbarkeiten und Erbbaurecht, obwohl die Motive selbst (III S. 475) sagen, daß der Inhalt des Erbbaurechtes nur auf eine bestimmte und qualifizierte Art der Benutzung eines Grundstückes gehen könne. Gegen diese Fuchssche Ansicht beruft sich Oertmann[1]) vor allem auf die geschichtliche Entwicklung. Wenn nicht nach römischem, so doch mindestens nach gemeinem Rechte (s. Windscheid Bd. 1 § 223 Nr. 4, Dernburg Bd. 1 § 259 Nr. 4) war es statthaft, die *superficies* jemandem an einem bebauten Grundstücke zu bestellen; nach Fuchs würde das hinfort nicht mehr angehen können, falls nicht ausnahmsweise der Bau einem Dritten gehören sollte. Das bedeutete eine auffällige Zurückschraubung der geschichtlichen Entwicklung, an die wir ohne die zwingendsten Gründe nicht glauben können. Und weiter: auch wenn der Superfiziar das Gebäude seinerseits errichtet, wurde es nach römisch-gemeinem Rechte, das den Satz *„superficies solo cedit"* ja streng durchgeführt hatte und insbesondere keine dem § 95 entsprechende Schranke desselben kannte, ohne weiteres Eigentum des Grundeigentümers. Der Fall also, den Fuchs aus dem neuen Rechte als unmöglich herausweisen will, bildete im alten den allein möglichen. Der bisherige Rechtszustand wäre darnach, ganz unmerklich und von den ihn als Grundlage und Muster für die einschlägigen neuen Gesetze verwertenden Verfassern der Entwürfe unbeabsichtigt, in diesem Punkte in sein direktes Gegenteil um-

[1]) Erbbaurecht und hypoth. Belastung a. a. O. S. 186.

geschlagen. Was die Befürchtung einer Vermischung mit den Servituten anlangt, so wurde bereits oben auf die tiefgreifenden zwischen Grunddienstbarkeiten und Nießbrauch einerseits und Erbbaurecht andererseits bestehenden Unterschiede hingewiesen. Und die Zweifel, welche Fuchs wegen des Wortlautes hegt, sind gleichfalls unbegründet: Der Erbbauberechtigte „hat" auf dem fremden Grundstücke ein Bauwerk, sei es, daß letzteres bei Begründung des Erbbaurechts bereits vorhanden ist oder erst vom Berechtigten errichtet wird; der allgemeine Begriff „Haben" umfaßt beide Fälle, ohne auf die Eigentumsfrage Bezug zu nehmen.

b) Die zweite Möglichkeit — und diese wird die Regel in der Praxis bilden — ist die, daß der Erbbauberechtigte selbst in Ausübung seines Rechtes das Bauwerk erst errichtet. Jedenfalls tritt dann eine Sonderbehandlung des Eigentums am Grundstück und am Bauwerk ein, denn nach § 95 Abs. 1 Satz 2 wird das Bauwerk kein Bestandteil des Grundstücks, weder ein „wesentlicher" noch auch ein „unwesentlicher"; es besteht zwar ein tatsächlicher, aber kein rechtlicher Zusammenhang zwischen Grundstück und Bauwerk. Wie wir jedoch oben ausführlich dargelegt haben, muß dem Erbbaurechte auf Grund seines Liegenschaftscharakters die Fähigkeit, wie ein Grundstück Bestandteile zu haben, zuerkannt werden.

Wird daher das Bauwerk vom Erbbauberechtigten errichtet, oder — was selten der Fall sein wird — von einem vor ihm am fraglichen Grundstücke dinglich Berechtigten, der es in Ausübung seines Rechtes errichtet hat, auf ihn übertragen, so ist es gemäß § 94 B.G.B. als wesentlicher Bestandteil des fingierten Erbbaurechtsgrundstückes zu betrachten. Als solcher untersteht das Bauwerk den Liegenschaftsnormen, denn es fehlt ihm der Charakter der Selbständigkeit; es folgt in rechtlicher Beziehung der „Hauptsache", dem Erbbaurecht, und ist kein zulässiger Gegenstand von Sonderrechten, ebensowenig, wie wenn es Bestandteil des Grundstücks ist. Ist infolge eines Mangels des dinglichen

Vertrages oder der Eintragung das Erbbaurecht unwirksam, so müßte eigentlich § 95 Abs. 1 Satz 2 zessieren; indessen wird wohl Putativtitel genügen.[1]) Praktisch tritt jedenfalls in diesem Falle die gleiche Rechtslage ein wie bei Beendigung des Erbbaurechtes: wie sich dann, also bei Wegfall der Hauptsache, die rechtlichen Schicksale des Bauwerks gestalten, darauf wird unten, im Abschnitte über die Beendigung des Erbbaurechts, zurückgekommen werden.

Will der Erbbauberechtigte das Bauwerk zu Eigentum haben, so ist der einzige Weg, der ihm dies ermöglicht, die Neuerrichtung in Ausübung des Erbbaurechts; ein bereits bestehendes Bauwerk kann er in keiner Weise vom Bodeneigentümer zu Eigentum erwerben. Ebensogut wie das Gesetz den Erbbauberechtigten an dem von ihm errichteten Bauwerke das Eigentum erwerben läßt, ließe es sich mit dem prinzipiellen Standpunkte des Gesetzes vereinen, auch den Eigentumserwerb an einem bereits bestehenden Bauwerk dem Erbbauberechtigten zu ermöglichen, und „es wird sich nicht verkennen lassen, daß die Herbeiführung eines solchen Ergebnisses in manchen Fällen praktisch sehr zweckmäßig sein würde" (Planck Anm. 3b zu § 1012). Allein die bestimmte Vorschrift der §§ 93 und 94 Abs. 1 B.G.B. gestattet, wie bereits oben hervorgehoben, keine vertragsmäßige Abänderung, das einen Bestandteil des Grundstücks bildende Bauwerk kann nicht Gegenstand besonderer Rechte sein,[2]) sohin das Grundstück nicht ohne Bauwerk, das Bauwerk nicht ohne Grundstück übereignet werden; der Bodeneigentümer, der ein ihm gehöriges Bauwerk veräußern, den Grund und Boden aber dem Erwerber nicht eigentümlich übertragen, sondern nur zu superfiziarischem Rechte belassen will, kann das nicht ausführen. In der Reichstagskommission (K.B. Bd. 23) war auch die Streichung des § 93 (89) beantragt; ob mit Recht oder Unrecht, mag dahingestellt bleiben, jedenfalls aber wäre eine Ausnahme-

[1]) Analog für Nießbrauch vgl. Fuchs S. 15, zu §§ 94—96.
[2]) A. A. Cosack § 220; Lehmann, S. 222.

bestimmung für den vorliegenden Fall, insbesondere auch mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Tragweite, sehr zweckmäßig.

Konsequenterweise muß man auch annehmen, daß der Erbbauberechtigte, wenigstens solange das Erbbaurecht besteht, sein Bauwerk nicht ohne das Erbbaurecht veräußern kann, denn auch als wesentlicher Bestandteil des fingierten Erbbaugrundstückes muß das Bauwerk die rechtlichen Schicksale des Erbbaurechts teilen. Wie sich nach Beendigung des Erbbaurechtes die Veräußerung des Bauwerks vollzieht, wird unten besprochen werden; nur darauf sei an dieser Stelle hingewiesen, daß im Falle der Übereignung des Bauwerks an den Bodeneigentümer dieses wesentlicher Bestandteil des Grundstückes wird.

Wird ein Schatz im Bauwerke gefunden, so gehört die auf den Eigentümer der Sache treffende Hälfte (§ 984 B.G.B.) dem Erbbauberechtigten, falls ihm das Eigentum an dem Bauwerke zusteht, dem Grundeigentümer, falls ihm das Bauwerk zu eigen gehört. Wird der Schatz aber in dem Grundstücke gefunden, so gehört der Anteil dem Grundstückseigentümer, das Bestehen des Erbbaurechts kommt hier nicht in Betracht.

Was die Besitzfrage anlangt, so ist im gemeinen Recht bestritten, ob der Superfiziar oder der Eigentümer des Grund und Bodens wirklicher Besitzer, *corporis possessor* der *superficies* sei; im Gegensatze zu Dernburg, welcher den Superfiziar für einen *corporis possessor* hält, wird dieser von der herrschenden Meinung als *detentor* der Sache und *quasi possessor* eines Superfiziarrechtes betrachtet. Für das Bürgerliche Gesetzbuch ist ein Bedürfnis zur Konstruktion einer *juris quasi possessio* nicht vorhanden, denn während diese im gemeinen Rechte ihre Berechtigung in der Erwägung findet, daß der Superfiziar eben nur als solcher besitzen will, also den *animus domini* mit seiner *corporis possessio* nicht verbindet, wird das Bürgerliche Gesetzbuch diesem auch von ihm geteilten Gedanken durch die Konstruktion eines doppelten Besitzes an der Sache, eines mittelbaren und eines un-

mittelbaren (§ 868 B.G.B.), gerecht: der Erbbauberechtigte ist unmittelbarer, der Grundstückseigentümer mittelbarer Besitzer, und zwar ist in Ansehung des Grundstückes der Erbbauberechtigte immer Fremdbesitzer, bezüglich des Bauwerks kann er Eigenbesitzer sein oder Fremdbesitzer. Aber nur, wenn das Erbbaurecht zeitlich beschränkt ist, hat der Grundeigentümer mittelbaren Besitz; ist das Erbbaurecht nicht auf Zeit bestellt, so kann ein solcher nicht in Frage kommen.[1])

D. Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigter; ihre Rechte und Pflichten.

I. Auf die Frage, wer Erbbauberechtigter werden kann, ist zu antworten: Jeder, der Eigentümer eines Grundstückes werden kann, nur muß es eine bestimmte Person sein; ob natürliche oder juristische, des öffentlichen oder privaten Rechtes, ist gleichgültig. Insoweit gewisse Personen, wie z. B. Ausländer (E.G. z. B.G.B. Art. 88), beim Erwerb von Grundstücken an staatliche Genehmigung gebunden sind, oder insoweit auf Grund des Art. 86 E.G. z. B.G.B. landesgesetzliche Vorschriften den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen, wie z. B. das bayr. Ausf.-Ges. z. B.G.B. im Art. 8 für den Erwerb von Gegenständen des unbeweglichen Vermögens, deren Wert den Betrag von 10000 Mk. übersteigt, durch geistliche Gesellschaften landesherrliche Genehmigung vorschreibt, treffen diese beschränkenden Bestimmungen je nach ihrer Fassung entweder direkt oder im Zusammenhalte mit § 1017 B.G.B. auch das Erbbaurecht. Daß die Begründung eines Erbbaurechtes nur zugunsten einer bestimmten Person und nicht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstückes vom Gesetze zugelassen ist,

---

[1]) vgl. Wendt, Archiv 87, 61; Strohal, Der Sachbesitz, Jena 1897 S. 35 Anm. 38; Maenner § 35; anders Biermann S. 19.

ist bereits oben ausgeführt worden. Ebenso ist die Bestellung des Erbbaurechtes zugunsten des Eigentümers des belasteten Grundstückes, also die Bestellung eines Eigentümererbbaurechtes, mit Rücksicht auf die Dogmatik der Belastung ausgeschlossen, wenn auch das einmal bestellte Erbbaurecht nicht durch Vereinigung mit dem Bodeneigentume erlischt, also Eigentümererbbaurecht wird, wie wir unten sehen werden. Natürlich kann ein Erbbaurecht Gegenstand sowohl einer Gemeinschaft zur gesamten Hand wie einer solchen nach Bruchteilen sein; ein Erbbaurecht kann mehreren je zu $^1/_2$, $^1/_3$ usw. zustehen, und es finden auf ein solches Miterbbaurecht die Vorschriften der §§ 1009—1011 B.G.B über das Miteigentum entsprechende Anwendung. Steht ein Grundstück im Eigentume mehrerer Personen, so hindert dies Miteigentumsverhältnis nicht die Bestellung eines Erbbaurechtes zugunsten eines dieser Miteigentümer (§ 1009 Abs. 1 B.G.B.).

Besondere Bestimmungen über das Schuldverhältnis zwischen dem Erbbauberechtigten und dem Bodeneigentümer stellt das B.G.B. als subsidiäre Dispositivvorschriften nicht auf, ein besonderes Legalschuldverhältnis zwischen beiden ist nicht, wie beim Nießbrauch und Faustpfandrecht, vorgesehen worden. Mit der Feststellung der konstitutiven Merkmale des Rechtes im § 1012 und der sogleich näher zu erörternden, im § 1013 zugelassenen Möglichkeit einer Erstreckung des Rechtes auf die Benutzung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Teiles des Grundstückes, mit dem prinzipiellen Ausschluß der Begründung eines Erbbaurechts an Gebäudeteilen oder einzelnen Stockwerken sowie an Pflanzungen (§ 1014), der formellen Vorschrift des § 1015, der im § 1017 ausgesprochenen Eigentumsanalogie und der einzigen, dahin gehenden Dispositivvorschrift, daß der Untergang des Bauwerkes nicht das Erlöschen des Rechtes zur Folge habe (§ 1016), ist die gesetzliche Regelung des Instituts erschöpft. Es fehlt im Gesetze also an einer dispositiven Umschreibung des beiderseitigen Rechts- und Pflichtenkreises; wie bereits oben betont, ist der Idee nach das Erbbaurecht von dem

Grundstücke losgelöst, der Eigentümer und der Erbbauberechtigte haben nach dem Gesetze grundsätzlich mit einander nichts zu tun, und insbesondere erscheint der Erbbauberechtigte dem Grundstückseigentümer in keiner Weise verpflichtet: er hat nach dem Gesetze nur Rechte, keine Pflichten. Im bisherigen Rechte finden sich vielfach das Verhältnis zwischen Bodeneigentümer und Erbbauberechtigten regelnde Vorschriften (z. B. §§ 244, 246 I, 22 A.L.R.), in Zukunft ist der nähere Inhalt des Erbbaurechts in dem Begründungsakte der Parteien festzusetzen; innerhalb des allgemeinen Zweckes: Grundstücksbenutzung durch das Halten eines Bauwerks, haben sie hierbei den weitesten Spielraum, nur dürfen natürlich die wenigen vom Gesetze aufgestellten begrifflichen Erfordernisse, wie insbesondere das der Veräußerlichkeit und Vererblichkeit, nicht berührt werden. Das Erbbaurecht auf seinen Inhalt hin prüfen kann daher nur heißen, seinen möglichen Inhalt erörtern.

II. Wie weit bei der Festsetzung des Inhalts die Spezialisierung zu gehen hat, ist Frage des konkreten Falles.

Der Eigentümer des Grundstücks bleibt jedenfalls Alleineigentümer desselben, nachdem bei der vom B.G.B. angenommenen Konstruktion von einem Miteigentume oder einem geteilten Eigentume, wie oben ausgeführt, nicht die Rede sein kann. Seine Verfügungsfreiheit über das Grundstück wird nur insoweit beschränkt, als die Belastung mit dem Erbbaurechte reicht. Ungehindert kann er daher sein Grundstück weiterveräußern, ohne daß hierbei dem Erbbauberechtigten ein Einspruchs- oder ein Vorkaufsrecht zustände. Ebenso kann er sein Grundstück anderweitig belasten, insbesondere auch mit Hypotheken.

Das dem Erbbauberechtigten eingeräumte Recht muß jedenfalls auf das Haben eines Bauwerkes auf oder unter der Oberfläche des belasteten Grundstücks gerichtet sein, hierauf wurde bereits oben hingewiesen; damit ist gesagt, daß der Berechtigte das Bauwerk, wenn es noch nicht vorhanden ist, errichten und das — von ihm errichtete oder bereits

vorhandene Bauwerk benutzen darf. Zweifelhaft ist, ob das Habendürfen eines bestimmten Bauwerks wesentlich ist; es wird die Meinung vertreten,[1]) daß ganz allgemein ein Erbbaurecht an einem Grundstücke nicht erworben werden könne, daß also das Bauwerk, wenn es erst vom Erbbauberechtigten errichtet werden soll, genau nach Art und Beschaffenheit bezeichnet werden, und wenn es sich um ein bereits bestehendes handelt, auf dieses hingewiesen werden, auf dieses der Berechtigte beschränkt bleiben muß. Diese Anschauung kann nicht geteilt werden; allerdings wird es die Regel bilden, daß hinsichtlich der Art des Bauwerkes bindende Bestimmungen im Bestellungsvertrage getroffen werden, ebenso steht nichts im Wege, wie wir unten sehen werden, durch ausdrückliche Vereinbarung den Bestand des Erbbaurechts von dem des Bauwerks, also auch des bereits vorhandenen, abhängig zu machen, so daß der Untergang des letzteren als auflösende Bedingung dem Erbbaurechte beigefügt wird, allein dafür, daß in jedem Falle es sich um das „Habendürfen eines bestimmten Bauwerks" handeln muß, sind keine gesetzlichen Anhaltspunkte vorhanden; auch in dieser Richtung kann vielmehr der Besteller des Erbbaurechts dem Berechtigten volle Freiheit gewähren, auch die Art des Bauwerkes kann er seinem Belieben überlassen.

Ebenso steht die Errichtung des Bauwerkes, auf welches sein Recht geht, ganz im Ermessen des Erbbauberechtigten; er kann sie vornehmen, wann er will, er braucht das Bauwerk aber überhaupt nicht zu errichten, wenn er nicht will. Hat er aber die vertragsmäßige Verpflichtung übernommen, auf dem ihm überlassenen Baugrunde ein Bauwerk zu errichten, so kann der Grundstückseigentümer wegen dieser Verpflichtung eine dingliche Sicherung nur in der Weise erlangen, daß für die Erfüllung dieser Verpflichtung eine Frist bestimmt und die Nichteinhaltung dieser Frist als auflösende Bedingung festgesetzt wird. In gleicher Weise kann im Falle

[1]) Eschenbach, Kreditquelle des Erbbaurechts a. a. O. S. 658.

des Untergangs des Bauwerks eine Verpflichtung des Bodeneigentümers zur Wiedererrichtung desselben, wenn es in seinem Eigentume steht, bezw. des Erbbauberechtigten, falls er das Bauwerk errichtet hat, nur aus einer diesbezüglichen Parteivereinbarung abgeleitet werden.

Mit der bloßen Überlassung des Baugrundes, des vom Bauwerke bedeckten Grund und Bodens, wird aber der Regel nach den Bedürfnissen des Erbbauberechtigten nicht genügt werden, vielmehr wird es erforderlich sein, daß ihm über die Umfassungsmauern des Bauwerks hinaus noch Raum gewährt wird. Bei einem Wohnhause beispielsweise wird zur ordnungsmäßigen Benutzung ein Hofraum, wenn es nicht unmittelbar an der Straße liegt, ein Zugang über das Grundstück notwendig sein, eine Fabrikanlage wird kaum einen Lagerplatz eventuell einen Fahrweg entbehren können, die Zwecke eines Sanatoriums erheischen einen Garten. Der erste Entwurf hielt, um diesem Interesse zu genügen, die Aufstellung einer besonderen Bestimmung für überflüssig, weil er davon ausging, daß der Inhalt des Erbbaurechts dadurch „erweitert werden" könne, daß mit demselben Benutzungsrechte anderen Inhaltes, welche dem Superfiziar als solchem Vorteil oder Annehmlichkeit zu gewähren geeignet sind, „als Grunddienstbarkeiten verbunden" werden könnten (Mot. III. S. 470 Z. 2). Ob das Bedenken der mecklenburg-schwerinschen Regierung, die Benutzung des unbebauten Teiles, zu welcher der Erbbauberechtigte befugt sein müsse, gehe über den zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit hinaus, allgemein zutreffend ist, dürfte zweifelhaft sein; denn sicherlich wird in vielen Fällen den Bedürfnissen des Erbbauberechtigten damit gedient sein, wenn er das Grundstück „in einzelnen Beziehungen benutzen darf" (vgl. § 1018 B.G.B.), und dann ist mit der Bestellung einer Grunddienstbarkeit geholfen. Jedenfalls aber ist eine Erweiterung des Inhaltes des Erbbaurechts aus sich heraus ohne Zuhilfenahme der Verbindung mit einer besonderen Grunddienstbarkeit, wie sie das Gesetz im § 1013 zuläßt, weit einfacher, auf diesem Wege kann allen Bedürfnissen des

Erbbauberechtigten Rechnung getragen werden, und nebenbei erspart er die Kosten eines zweiten Vertrags und einer besonderen Eintragung. Das Erbbaurecht, so sagt das Gesetz, kann auf die Benutzung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Teiles des Grundstücks erstreckt werden, wenn sie für die Benutzung des Bauwerkes Vorteil bietet. Sollen aber solche unbebauten Flächen dem Nutzungsrechte des Erbbauberechtigten unterworfen werden, so bedarf es einer besonderen „Erstreckung" des Erbbaurechts hierauf, d. h. einer rechtsgeschäftlichen Begründung durch dinglichen Vertrag und Eintragung ins Grundbuch, kraft Gesetzes tritt die Unterwerfung solcher Grundstücksteile unter das Erbbaurecht nicht ein. Voraussetzung ist indes, daß die Benutzung solcher Flächen für die Benutzung des Bauwerkes Vorteil bietet. „Vorteil" umfaßt Bedürfnis und Annehmlichkeit (vgl. Mot. III S. 470 Z. 2). Die Erwähnung unbebauter Teile in Prot. III S. 283, „ohne welche die Benutzung des bebauten Teiles nicht möglich sei", ist nur eine Exemplifizierung. Über das Vorhandensein dieser Voraussetzung wird das Einverständnis der Parteien entscheiden, und eine grundbuchrichterliche Nachprüfung, ob diese Voraussetzung auch objektiv erfüllt ist, dürfte nicht zulässig erscheinen; denn es kommt hiebei in erster Linie auf die Anschauungsweise der Vertragsschließenden an, und deshalb wird das Einverständnis der Beteiligten in dieser Richtung auch für einen Singularnachfolger des Grundstückseigentümers bindend sein. Erstreckt sich das Erbbaurecht gemäß § 1013 auf eine unbebaute Fläche des Grundstücks, so wird der Berechtigte regelmäßig auch Besitzer dieses Grundstücksteiles sein, und er genießt dann den Besitzesschutz entsprechend den allgemeinen Vorschriften; hat er aber an einem solchen Teile nur ein beschränktes Benutzungsrecht, ohne den Teil zu besitzen, so wird er Besitzesschutz nach Analogie des § 1029 B.G.B. beanspruchen können, vorausgesetzt, daß die Eintragung des Erbbaurechts dieses Benutzungsrecht mitumfaßt, auch wenn dasselbe als eine Ausdehnung des Erbbaurechts, nicht als eine demselben als herrschen-

dem Grundstücke zustehende Grunddienstbarkeit eingetragen ist.[1])

Wie bereits oben bemerkt, ist in dieser Erstreckungsmöglichkeit gemäß § 1013 B.G.B. ein Ersatzmittel für den Ausschluß der Pflanzungssuperfizies gegeben. Denn auf Grund dieser gesetzlichen Möglichkeit kann das Erbbaurecht sich auch auf Pflanzungen, welche auf einem unbebauten, der Benutzung des Bauwerks Vorteil bietenden Teile des Grundstücks angelegt sind, beziehen, so beispielsweise auf das Halten von Obstbäumen, oder auf die Kultivierung eines Gartens, wie dies z. B. in dem früher Krollschen Etablissement in Berlin der Fall war.[2]) Erstreckt sich das Erbbaurecht in dieser Weise auf die Haltung von Pflanzungen, so bestimmt sich der Eigentumserwerb an den Früchten nach § 954 B.G.B.

Innerhalb der Grenzen seines Rechts, welches also auf die Benutzung des Grundstücks als Baugrund gerichtet sein muß und auf eine anderweitige Benutzung eines unbebauten Grundstücksteiles gerichtet sein kann, kann der Erbbauberechtigte nach dem Gesetze schalten und walten, wie er will. Auch wenn das Bauwerk im Eigentume des Grundstückseigentümers sich befindet, steht dem Erbbauberechtigten ein unentziehbares, gegen jedermann verfolgbares Nutzungsrecht daran zu, und auch hinsichtlich der Ausübungsart der Nutzung am Bauwerk genießt er nach dem Gesetze volle Freiheit. Es ist nicht notwendig, daß er das Bauwerk selbst in Benutzung nimmt, er kann es auch vermieten, bezw. verpachten. Für den Fall, daß das vom Erbbauberechtigten in Ausübung seines Rechtes errichtete Bauwerk, welches an sich unter Außerachtlassung seiner Bestandteilseigenschaft wohl mit Recht als bewegliche Sache betrachtet wird — worauf später des näheren einzugehen ist —, vom Erbbauberechtigten vermietet wird, wirft Grünberg (a. a. O. S. 52) die Frage auf, ob auf dieses „Mietverhältnis die Bestimmungen in betreff von Liegenschaften oder von

[1]) vgl. Kipp bei Windscheid § 223 S. 1004; Planck § 1012 Z. 6; Biermann ad § 1013 S. 221.

[2]) Ein anderes Beispiel s. bei Seuffert, Archiv Bd. 28 Nr. 22.

beweglichen Sachen zur Anwendung" zu gelangen haben. Diese Zweifel sind u. E. nicht gerechtfertigt, denn die Rechtslage ist keine andere als bei Vermietung eines den Bestandteil eines Grundstücks bildenden Gebäudes. Wie dieses als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks gemäß §§ 93 94 B.G.B. nicht Gegenstand besonderer Rechte sein kann, also den sich auf das Grundstück beziehenden Vorschriften unterliegt, so auch das Bauwerk des Erbbauberechtigten, welches sich — wie oben ausgeführt — als Bestandteil des mit Liegenschaftscharakter ausgestatteten Erbbaurechts darstellt. Handelt es sich um Vermietung von Gebäude*teilen*, also von Wohnräumen oder anderen Räumen, worauf *Grünberg* a. a. O. gleichfalls hinweist, so finden die Vorschriften über die Miete von Grundstücken gemäß § 580 B.G.B. Anwendung. Schon mit Rücksicht auf diese gesetzlichen Vorschriften muß der Zweifel *Grünbergs* als behoben betrachtet werden, denn wenn das Gesetz schon für die Vermietung von Gebäude*teilen* die Anwendung der Vorschriften über Grundstücksmiete gebietet, so kann deren Anwendbarkeit sicherlich nicht fraglich sein, wo es sich um die Vermietung des *ganzen* Gebäudes handelt. Was die Rechte des Mieters im Falle des Erlöschens des Erbbaurechts anlangt, also für den Fall, daß der rechtliche Zusammenhang des Bauwerkes mit dem Erbbaurechte in Form eines Bestandteils gelöst wird, davon wird im Abschnitte über das Erlöschen des Erbbaurechtes gesprochen werden.

III. Weder für den Grundstückseigentümer noch für den Erbbauberechtigten besteht eine gesetzliche Pflicht, das Bauwerk *zu erhalten und unterhalten* (vgl. auch Mot. III S. 469). Eine Bestimmung wie die des § 1021 B.G.B., wonach vereinbart werden kann, daß der Grundstückseigentümer eine zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit auf dem belasteten Grundstücke errichtete Anlage zu unterhalten hat, ist für das Erbbaurecht ebensowenig getroffen, wie eine dem § 1041 l. c. analoge, welche die Erhaltung des Bauwerkes dem Erbbauberechtigten zur Pflicht machte. Die Unterhaltung des Bauwerkes wird in der Regel Sache des Erbbauberechtigten sein,

es ist jedoch eine Vereinbarung, welche dem Grundstückseigentümer die Unterhaltungspflicht auferlegt, zulässig. Die Eintragung einer solchen Unterhaltungspflicht ins Grundbuch mit dinglicher Wirkung kann aber nicht ohne weiteres kraft des Rechtes stattfinden, denn die Begründung dinglicher Rechte und Lasten ist nicht dem Belieben der Parteien überlassen. Soll eine derartige Verpflichtung verdinglicht werden, so wird sie durch Eintragung einer Reallast an dem belasteten Grundstücke oder am Rechte gesichert werden müssen. Im übrigen ist die Verbindung der Verpflichtung mit dem Rechte selbst in der Weise möglich, daß die Nichterfüllung der Verpflichtung als auflösende Bedingung festgesetzt wird. Hätte das B.G.B. eine Bestimmung getroffen, wie das sächsische B.G.B. im § 661 Satz 2, wonach das Bau- und Kellerrecht im Verhältnisse zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten nach den Vorschriften über die persönlichen Dienstbarkeiten zu beurteilen sei, so hätte der Erbbauberechtigte das Bauwerk zu erhalten, soweit es das Interesse des Eigentümers erfordert (B.G.B. §§ 1020, 1090); nach § 1021 B.G.B. könnte abweichend hiervon bedungen werden, daß der Eigentümer kraft der Belastung des Grundstückes mit dem Erbbaurechte — das Bauwerk zu unterhalten hätte. Kretzschmar (a.a.O. S. 436, 2. Abs.) meint, es ließe sich vielleicht, auch ohne eine besondere Bestimmung, zur Anwendung dieser Vorschriften mit Rücksicht darauf gelangen, daß das Erbbaurecht im Grunde nichts anderes ist, als eine eigenartig ausgestaltete persönliche Dienstbarkeit. Diese Ähnlichkeit der beiden Rechtsinstitute in ihrem Wesen rechtfertigt jedoch nicht eine solche Annahme, und ein anderer Anhaltspunkt für die analoge Anwendung dieser Vorschriften läßt sich nicht finden.[1]) Kretzschmar scheint selbst von der Haltbarkeit einer solchen Annahme nicht allzusehr überzeugt zu sein, „denn solange sich nicht eine hierauf gerichtete ständige Übung gebildet hat", rät er dringend, „etwaige Ver-

[1]) So auch Biermann § 1012 Z. 4.

pflichtungen der Beteiligten zur Unterhaltung des Bauwerks durch Bestellung von Reallasten zu sichern".

Auch die Frage, wer zur Tragung der auf Grundstück und Bauwerk ruhenden öffentlichen und privaten Abgaben und Lasten verpflichtet ist, hat das Gesetz nicht geregelt. Nach gemeinem Rechte fiel diese Verpflichtung in vollem Umfange dem Superfiziar zu.[1]) Entscheidend wird, mangels gesetzlicher Vorschriften, die festzustellende Absicht der Parteien sein; diese wird sich gewöhnlich nach dem konkreten Tatbestande aus tatsächlichen Umständen entnehmen lassen. Beispielsweise wird man nicht annehmen können, daß wenn Gegenstand des Erbbaurechts ein Felsenkeller ist, der Erbbauberechtigte die Staats- und Kommunalabgaben des im übrigen als Fabrikgrundstück benutzten Areals bezahlen solle. Man wird daher in der Regel zu dem Schlusse gelangen, daß solche Lasten, welche auf dem Bauwerke als solchem ruhen, wie z. B. eine Gebäudesteuer, stets vom Erbbauberechtigten zu bestreiten sind, und bezüglich der auf dem Grundstücke ruhenden wird zu unterscheiden sein, ob der Raum des Grundstücks ausschließlich den Zwecken des Erbbaurechtes dient oder nicht; im ersteren Falle beschweren sie den Erbbauberechtigten, im letzteren den Grundstückseigentümer. (So auch Biermann § 1012 Anm. 4; Oberneck § 80 Z. 3b.) Bezüglich solcher außerordentlichen, nur einmaligen Abgaben, welche als auf den Stammwert des Grundstücks gelegt anzusehen sind, wie z. B. die Abgaben für Neuanlage eines Fußweges oder einer elektrischen Leitung, wird billigerweise eine verhältnismäßige Teilung erfolgen in der Art, daß der Erbbauberechtigte nur eine der Dauer seines Rechts entsprechende Quote zu zahlen hat. In gleicher Weise wie eine vertragsmäßig festgesetzte Unterhaltungspflicht kann auch die von einer Partei übernommene Verpflichtung zur Tragung der Lasten verdinglicht werden.

---

[1]) vgl. l. 7 § 2, l. 27 § 3, l. 32 D. 7. 1.

Eine außerkontraktliche Haftung trifft den Erbbauberechtigten, wenn durch den Einsturz des Bauwerkes oder durch die Ablösung von Teilen desselben ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt wird. Diese im § 836 B.G.B. für den Eigenbesitzer des Grundstücks bestimmte Verantwortlichkeit trifft an dessen Stelle gemäß § 837 B.G.B. denjenigen, welcher auf einem fremden Grundstücke in Ausübung eines Rechtes ein Bauwerk besitzt, also den Erbbauberechtigten.

IV. Während das römische Recht das *solarium* für ein wesentliches Erfordernis bei jeder *superficies* hielt, ist dies in der gemeinrechtlichen Doktrin bestritten; nach der herrschenden Ansicht ist jedoch die Zahlung eines Bodenzinses kein wesentliches Erfordernis der *superficies* (so Dernburg, Pand. 1896 Bd. 1 S. 645; Windscheid, Pand. 1900 Bd. 1 S. 1001; Wächter, Platzrecht S. 59 ff.). Gleich dem gemeinen Rechte hat das B.G.B. die Pflicht zur Leistung eines Bodenzinses (Erbbauzinses) mit dem Erbbaurechte nicht notwendig verbunden. Der gegen die Zinsfreiheit angeführte Grund, daß, wenn nicht eine Zinsleistung, sei es auch nur in Form einer Rekognitionsgebühr, stattfinde, das Eigentumsrecht in Vergessenheit geraten könne, kommt beim B.G.B. unter der Herrschaft des Grundbuchsystems nicht in Betracht. In der Praxis wird natürlich die Vereinbarung eines Erbbauzinses die Regel bilden. Soll die Pflicht zu dessen Entrichtung dauernd mit dem Rechte verknüpft werden, so muß dies in der Form einer auf das Erbbaurecht zugunsten des jedesmaligen Bodeneigentümers gelegten Reallast geschehen. Auch kann eine auflösende Bedingung festgesetzt werden, auf Grund deren das Erbbaurecht bei Nichtentrichtung des Zinses erlöschen soll; fehlt es an einer solchen Bedingung, so kann der Eigentümer das Erbbaurecht nur nach den allgemeinen Bestimmungen zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung machen. Die Festsetzung des Zinses[1]) wird in der Regel

[1]) vgl. Eschenbach, Die finanzielle Frage des Erbbaurechtes, a. a. O. S. 41.

besser nicht ein für alle Male für die ganze Dauer des Rechts erfolgen, sondern es muß mit Rücksicht auf den Zweck des Rechtes von Zeit zu Zeit eine Normierung des Zinses nach dem respektiven Nutzungswert des Grund und Bodens stattfinden unter Anlehnung an die Grundrente, welche entsprechende, im freien Verkehre befindliche Grundstücke ergeben. Wie lange diese Abschätzungsperiode zu bemessen ist, ist natürlich Sache der Beteiligten und wird sich nach dem konkreten Falle bestimmen. Ist also beispielsweise der Wert einer Baustelle[1]) nach den Grundsätzen des freien Verkehrs im Zeitpunkte der Beleihung auf 10000 Mark festzusetzen, so wird bei einer drei- oder vierprozentigen Verzinsung für die erste Periode ein Betrag von 300 bis 400 Mark als jährliches Äquivalent zu normieren sein; für die zweite Periode bei einem alsdann anzunehmenden Werte von vielleicht 15000 Mark auf 450 bezw. 600 Mark, bei der dritten Periode bei vielleicht einem Werte von 20000 Mark auf 600 bezw. 800 Mark.

V. Was die Zeitdauer des Erbbaurechts anlangt, so bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch weder eine absolute Maximal- noch auch eine derartige Minimalgrenze. Das Bedürfnis, eine Maximalgrenze zu setzen, ist nach den Motiven (Bd. III S. 467 Z. 4) nicht ersichtlich, denn das Erbbaurecht kommt nur sporadisch vor und belastet gewöhnlich nur verhältnismäßig geringe Parzellen, so daß es, was den wirtschaftlichen Einfluß einer Nichtbegrenzung seiner Dauer betrifft, mit den agrarischen Belastungen nicht zu vergleichen ist. Anders wie z. B. im belgischen Rechte, welches die Höchstdauer eines Superfiziarrechts in zwingender Weise auf 50 Jahre fixiert,[1]) oder im englischen Rechte, dessen *lease* auf längstens 99 Jahre beschränkt ist, gilt das Erbbaurecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, falls nicht der Vertrag Bestimmungen über die Dauer enthält, als auf ewige Zeit begründet. Anderer Ansicht ist Grünberg (a. a. O. S. 52), der die zeitliche Beschränkung

[1]) Gesetz vom 10. 1. 1824 Art. 4 und 8.

des Rechts überall da für unvermeidlich erachtet, wo die Grundentlastungsgesetzgebung des 19. Jahrhunderts die Fortdauer oder Neukonstituierung unablösbarer Liegenschaftsbelastung ausschließe, indem man gleichermaßen zu diesem Ergebnisse gelangen müsse, ob man den Boden als Objekt der Belastung — durch das Erbbaurecht — ansehe, oder ob man sich das letztere als realbelastet durch den Bodenzins denke; er untersucht sodann die Frage, wann die Dauer des Instituts noch „als zeitlich umschrieben" angesehen werden kann und wann sie bereits als „ewig" zu gelten habe, und kommt zu dem Schlusse, daß bei der durchaus relativen Bedeutung der „Ewigkeit" in menschlichen Dingen offenbar nicht schon jede ziffernmäßige Zeitangabe einen rechtlichen Gegensatz zu ihr darstelle, auf den es hier allein ankomme. Da das Gesetz in dieser Richtung schweigt, glaubt er, diese vermeintliche Lücke — so, wie es z. B. das holländische Bürgerliche Gesetzbuch durch ausdrückliche Bestimmung[1]) tut — eventuell durch eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 567 B.G.B. ersetzen zu können, so daß im Falle der Bestellung eines Erbbaurechts auf mehr als 30 Jahre nach Ablauf dieser Zeit jedem Teile das Kündigungsrecht zustände, es sei denn, daß der Vertrag für die Lebenszeit eines der Kontrahenten geschlossen wäre. Was die mit Rücksicht auf die Grundentlastungsgesetzgebung gehegten Bedenken Grünbergs anlangt, so wurde von dieser das Erbbaurecht nicht betroffen, insbesondere auch nicht in Preußen, worauf Grünberg ausdrücklich hinweist, durch das Ablösungsgesetz vom 2. 3. 1850 § 2 Nr. 2.[2]) Und ebenso kann von einer analogen Anwendung des § 567 B.G.B., der Übertragung einer für ein obligatorisches Mietverhältnis getroffenen Vorschrift auf ein dingliches Nutzungsrecht, nicht die Rede sein, vielmehr kann das

---

[1]) Holl. B.G.B. Art. 766 (C. W. Opzoomer, *Het burgerlijke Wet boek*, Amsterdam 1871, Bd. 3 S. 458 f.).

[2]) vgl. Turnau-Förster, Übersicht vor § 1012 Z. I, 1; dort auch Angabe von Lit. und Entsch.

Erbbaurecht gerade zum Ersatze dieses dem Mietrechte in seiner zeitlichen Beschränkung anhaftenden Mangels verwendet werden und einer Person oder Korporation das Nutzungsrecht an Grundstücken, wie z. B. einer Straßenbahngesellschaft die Benützung des Straßenkörpers, auf mehr als 30 Jahre sichern.[1]) Ebensowenig wie eine Maximalgrenze stellt das Bürgerliche Gesetzbuch für das Erbbaurecht eine Minimalgrenze auf, wie sie dem römischen Recht nicht fremd zu sein scheint.[2]) Oberneck[3]) glaubt zwar, daß es dem Begriffe des Erbbaurechts nicht widerspreche, daß es nur für eine bestimmte Zeit eingeräumt werde, allein der Zeitraum müsse ein immerhin erheblicherer sein, z. B. ein Zeitraum von 50—80 Jahren, weil bei auch nur mäßiger Zeitgrenze eine Vererblichkeit des Rechtes ausgeschlossen erscheinen und der Vertrag insbesondere dann, wenn eine Zinspflicht vereinbart sei, regelmäßig Miete oder Pacht sein werde. Diese Ansicht entbehrt der Begründung und der Praktikabilität. Mit dem Erfordernisse der Vererblichkeit ist die Hinzufügung von Bedingungen und Zeitbestimmungen nicht unvereinbar, wie ja auch andere veräußerliche und vererbliche Rechte, z. B. eine Hypothek, Grundschuld oder Reallast, unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung bestellt werden können. Nur ein Erbbaurecht, welches auf Lebenszeit des Berechtigten bestellt wird, ist sachlich kein Erbbaurecht, sondern eine beschränkt-persönliche Dienstbarkeit; durch die kurze Dauer des Rechts wird aber die Vererblichkeit nicht ausgeschlossen, der Tod des Berechtigten kann ja bereits während des ersten Jahres, in welchem das Erbbaurecht besteht, eintreten. Die Begriffsmerkmale: Veräußerlichkeit und Vererblichkeit erscheinen daher auch bei einer Bestellung auf unbestimmte Zeit mit beiderseitigem Kündigungsrechte nicht alteriert. Und wie infolge des Fehlens zeitlicher Grenzen für das Erbbau-

[1]) vgl. Klein S. 35; Eschenbach, Soz. Streitfragen S. 35.
[2]) L. 1 § 3 D *de superf.* 43, 18.
[3]) § 80 Z. 2.

recht mit diesem dem auf Grund der zeitlichen Beschränkung des § 567 B.G.B. dem Mietrecht anhaftenden Mangel abgeholfen werden kann, so wird durch die Möglichkeit, Erbbaurechte von beliebig kurzer Dauer zu begründen, ein Ersatz für die vom Gesetze nicht angenommene Dinglichkeit der Mietrechte geschaffen (vgl. Mot. III S. 467). Dies ist, im Hinblick auf § 1014 B.G.B. selbstverständlich nur dann möglich, wenn es sich um ein ganzes Gebäude handelt.

VI. Eine erschöpfende Aufzählung und Besprechung der Berechtigungen und Verpflichtungen des Grundstückseigentümers und Erbbauberechtigten und der Punkte überhaupt, welche bei der Regelung des Verhältnisses der beiden zu einander in Betracht kommen können, ist bei der großen Mannigfaltigkeit der wirtschaftlichen und sozialen Zwecke, zu deren Erreichung das Institut verwendet werden kann, und bei dem weiten Spielraume, welchen das Gesetz den Parteien gewährt, unmöglich. Je nach dem Zwecke und den konkreten Verhältnissen wird der Erbbauvertrag im einzelnen Falle nach dieser oder jener Richtung hin besondere Bestimmungen treffen müssen. Einfach wird sich die Sache natürlich gestalten, wenn der Eigentümer sich darauf beschränkt, schlechthin ein Erbbaurecht zu bestellen, und höchstens noch eine Zinspflicht und eine bestimmte Dauer für das Recht vereinbart wird. Doch dies dürfte in der Praxis nur selten der Fall sein, vielmehr wird der Vertrag mit der äußersten Vorsicht und Sorgfalt abgefaßt und stets auf eine ganze Reihe von Einzelheiten eingegangen werden müssen, da von einer Interessenharmonie zwischen Erbbauberechtigten und Grundstückseigentümer wohl nie die Rede sein kann[1]) und sie, trotzdem also ihre Interessen auseinandergehen, in der Regel auf Menschenalter aneinandergekoppelt werden sollen, so daß bei solch langer Zeitdauer mit dem Wechsel der Personen und der wirtschaftlichen Verhältnisse gerechnet werden muß. Die oben behandelten Punkte werden wohl in den meisten

[1]) vgl. Grünberg S. 58ff.

Fällen in Frage kommen, doch wird gewöhnlich nach Lage der jeweiligen Verhältnisse noch auf andere das Augenmerk zu richten sein.

Will sich der Grundstückseigentümer die Einhaltung der Vertragsbedingungen unanfechtbar sichern, so muß er ihre dingliche Sicherung herbeiführen. Denn durch eine Veräußerung, die — wie oben betont — nicht ausgeschlossen werden kann, werden natürlich die Verpflichtungen des bisherigen Berechtigten nicht berührt, allein der neue Erwerber ist daran nur im Falle ihrer dinglichen Sicherstellung gebunden. Je nach der Art der Verpflichtung kann die Verdinglichung auf folgende Weise geschehen:

a) Der Eigentümer bedingt sich für den Fall der Nichteinhaltung einer vom Erbbauberechtigten übernommenen Verpflichtung eine Vertragsstrafe aus, und wegen dieser eventuellen Strafe oder direkt wegen des etwaigen Schadenersatzanspruches wird eine Sicherungshypothek auf dem Erbbaurechte eingetragen. Besonders vorteilhaft wird die Beschreitung dieses Weges jedoch nicht sein, denn eine solche an erster Stelle stehende Sicherungshypothek wird dem Erbbauberechtigten die Aufnahme weiterer Hypotheken erschweren, hinter die Baugelderhypotheken gestellt wird sie aber dem Grundeigentümer keine allzugroße Sicherheit mehr gewähren. Statt einer Konventionalstrafe könnte für den Fall einer Vertragsverletzung eine Erhöhung des Bodenzinses vereinbart werden, denn dieser kann als Reallast auf das Erbbaurecht gelegt werden; diese eventuelle Erhöhung müßte aber, um wirksam zu sein, ziemlich hoch bemessen werden und würde so gleichfalls den Kredit des Erbbauberechtigten untergraben.

b) Ein weiteres Mittel ist die Eintragung einer Vormerkung. Sie ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig. Eine Verfügung, die nach ihrer Eintragung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 883 B.G.B.). Auf diese Weise kann z. B. der Anspruch auf Rückübertragung

des Erbbaurechts an den Grundstückseigentümer verdinglicht werden.

c) Am radikalsten wird die Formulierung der Vertragsverletzung durch den Erbbauberechtigten als auflösende Bedingung wirken. Eine solche Bedingung wird einen starken Druck auf den Erbbauberechtigten ausüben, aber der wirtschaftliche Wert des Rechts erleidet eine erhebliche Minderung, wenn damit gerechnet werden muß, daß durch Eintritt der auflösenden Bedingung jederzeit das Erbbaurecht erlöschen kann.

Vierter Abschnitt.

Entstehung des Erbbaurechtes und Änderung des ursprünglichen Rechtsinhaltes.

Allgemeines.

Im bisherigen Rechte wurde die *superficies* durch Vertrag, durch Ersitzung, durch Vermächtnis oder durch richterliche Verfügung begründet. Während nach der herrschenden Ansicht im gemeinen Rechte eine formlose *quasi traditio* ausreichte, erheischte das deutsche Recht die Investitur und neben ihr in den meisten Fällen einen gerichtlichen Akt, in späterer Zeit überall, wo die Einrichtung der Grundbücher bestand, die Eintragung in diese.

Auch das preuß. Landrecht, das sächsische Gesetzbuch und der bayerische Entwurf sahen eine Eintragung vor, wenn auch deren Notwendigkeit und Wirkungen in verschiedener Weise geregelt waren. Ebenso setzt das B.G.B. als notwendige Bedingung für die Entstehung des Erbbaurechts dessen Eintragung im Grundbuch voraus, kennt aber als Entstehungsgründe nur noch die Bestellung durch Vertrag und die Tabularersitzung.

A. Bestellung durch Vertrag.

Wie bereits oben ausgeführt, kommt das Erbbaurecht in seinem Verhältnisse zum belasteten Grundstücke notwendiger-

weise lediglich als eine Belastung des Grundstücks in Betracht, insoweit ist die Anwendung der Vorschriften über Grundstücke begrifflich ausgeschlossen, und dementsprechend erfolgt die rechtsgeschäftliche Begründung des Erbbaurechts gleich der einer jeden anderen Belastung des Grundstückes gemäß § 873 Abs. 1 durch Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und Eintragung in das Grundbuch.

1. Was das Grundgeschäft, d. h. den obligatorischen Vertrag anlangt, durch welchen sich der Grundeigentümer verpflichtet, einem andern ein Erbbaurecht an seinem Grundstück zu bestellen, so besteht eine Kontroverse, ob dieser Vertrag der Vorschrift des § 313 B.G.B. unterliegt. Kretzschmar[1]) vertritt die Anschauung, daß er in Ermangelung einer Sondervorschrift gleich der vertragsmäßigen Verpflichtung zur Bestellung eines sonstigen begrenzten Rechtes am Grundstücke formfrei sei; § 1017 Abs. 2 könne auf ihn keine Anwendung finden, weil diese Bestimmung ein bereits bestehendes Erbbaurecht voraussetze; die Sondervorschrift des § 1015 aber betreffe nur die dingliche Einigung und könne nicht auf den davon durchaus verschiedenen obligatorischen Vertrag ausgedehnt werden. Kretzschmar gibt jedoch zu, daß der Gesetzgeber anscheinend davon ausgegangen ist, es werde durch die Vorschrift des § 1015 zugleich für den obligatorischen Vertrag die entsprechende Anwendung des § 313 bestimmt, allein das genüge nicht, um etwas in das Gesetz hineinzutragen, was nicht darin enthalten sei; nach seiner Meinung besteht auch kein Bedürfnis hierfür, Vorschriften positivrechtlicher Natur, wie die in den §§ 1015, 1017 enthaltenen, gestatteten keine Ausdehnung, und zum Beweise hierfür erinnert er an die Aufhebung des Erbbaurechts, darauf hinweisend, daß diese in Ermangelung einer Sondervorschrift gemäß den §§ 875, 876 erfolge und daß unbestrittenermaßen der obligatorische Ver-

[1]) S. 440; wie Kretzschmar: Maenner § 31 Note 2; Altvater in der Mecklenb. Zeitschr. f. Rechtspflege Bd. 16 S. 99.

trag, durch den sich der Erbbauberechtigte zum Verzicht auf das Recht verpflichte, formfrei sei: was aber für die Begründung der Verpflichtung zur Aufhebung des Rechtes genüge, genüge auch für die Verpflichtung zur Bestellung. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden, vielmehr wird — in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre[1]) —, wie für den Vertrag, durch welchen sich der Erbbauberechtigte zur Übertragung des Erbbaurechtes verpflichtet, so auch für den Vertrag, durch welchen sich der Grundeigentümer zur Bestellung des Erbbaurechtes verpflichtet, die Anwendbarkeit des § 313 S. 1 B.G.B. zu bejahen sein, welcher für den Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, gerichtliche oder notarielle Beurkundung fordert. § 313 spricht allerdings nur von der Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums, und eine Vorschrift über Begründung des Grundstückseigentums findet sich im B.G.B. überhaupt nicht. Allein diese Bedenken werden wohl weichen müssen gegenüber der Erwägung, daß für den auf Bestellung gerichteten Vertrag keine geringere Form für ausreichend erachtet werden könne als für den auf Übertragung gerichteten, und daß außerdem die Begründung eines Erbbaurechtes stets der Veräußerung des Eigentums sehr nahe kommt (vgl. Mot. III S. 471 Ziff. 1). Wenn man auch nicht annehmen darf, daß in der Bestellung eines Erbbaurechtes zugleich immer auch eine Übertragung enthalten sei, weil das B.G.B. in den §§ 1015, 1017 Abs. 2 zwischen Bestellung und Übertragung scharf unterscheidet, so steht doch fest, daß das Gesetz offenbar nicht bloß die bestehenden Erbbaurechte und die dinglichen Erwerbsgeschäfte, sondern auch die den Erwerb vorbereitenden obligatorischen Verträge den Liegenschaftsnormen unterstellen wollte: nach Planck (Anm. 2b zu § 1017) ergibt sich dies aus § 1015 B.G.B., und

[1]) Planck Bem. 1 zu § 313, Bem. 2b zu § 1017; Biermann Anm. 1a zu § 1017; Oertmann Bem. 3 zu § 313; Turnau-Förster Bem. I, 1 S. 410; Fuchs Bem. 5 zu § 1015 S. 269.

eine weitere Stütze findet diese Auslegung des gesetzgeberischen Willens darin, daß bei den Beratungen der zweiten Kommission angenommen wurde, der obligatorische Vertrag unterliege der Formvorschrift des § 313 B.G.B. (Protokolle I S. 464), und dieser Annahme wird trotz der aufgeworfenen Bedenken beizutreten sein. Da das B.G.B. nur die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück erforderliche Einigung der Beteiligten als „Auflassung" bezeichnet und auch § 20 G.B.O. von der „Auflassung" des Grundstückes, dagegen von der Übertragung eines Erbbaurechts spricht, so können Zweifel über die Anwendbarkeit des zweiten Satzes des § 313 B.G.B. entstehen. Allein nach dem gesetzgeberischen Zwecke des § 313 Satz 2, sowie mit Rücksicht darauf, daß dem dinglichen Akte, durch den das Erbbaurecht begründet und übertragen wird, dieselbe Bedeutung und Wirkung zukommt wie der „Auflassung", muß die Anwendbarkeit auch dieses zweiten Satzes auf das Erbbaurecht bejaht werden: der ohne Beobachtung der im § 313 Satz 1 angeordneten Form geschlossene Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Einigung in der nach § 1015 erforderlichen Form und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen; aus der Formlosigkeit des obligatorischen Vertrages können dann keine nachträglichen Einwendungen erhoben werden.[1])

2. Die zur Bestellung des Erbbaurechts — wie oben bereits hervorgehoben — neben der Eintragung erforderliche dingliche Einigung des Eigentümers und des Erwerbers (gem. § 873 B.G.B.) besteht aus der Einräumungserklärung durch den Eigentümer und der Annahmeerklärung des Erwerbers, bezw. aus der Eintragungsbewilligung des ersteren und dem Eintragungsantrage des letzteren. Ein besonderer Ausdruck für die Einigung ist nicht vorgeschrieben. § 828 Abs. 2 des 1. Entw. forderte für den dinglichen Vertrag die Erklärung des Berechtigten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung

[1]) So Planck Anm. 2b zu § 1017; Turnau-Förster Bem. I Ziff. 1 zu § 1017; Kretzschmar S. 441.

in das Grundbuch bewillige, und die Annahme der Bewilligung von seiten des andern Teiles. Bei der zweiten Lesung wurde hiervon abgegangen, weil es bei der materiellen Vorschrift für das zwischen den Parteien bestehende Verhältnis nicht auf den Wortlaut der Erklärung, sondern nur darauf ankomme, daß sie sachlich dem Inhalte des § 828 Abs. 2 1. Entw. entspreche. Es kommt also nur darauf an, daß die Beteiligten übereinstimmend ihren Willen unzweideutig dahin erklären, daß die Rechtsänderung eintreten solle. Wird von ihnen die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewilligt und beantragt, so ist damit deutlich ausgedrückt, daß jeder von ihnen diese Änderung will, daß sie beide über deren Eintritt einig sind.

Nach § 873 B.G.B. müßte zur Bestellung die formlose Einigung genügen. In Konsequenz davon aber, daß das B.G.B. dem Erbbaurecht Grundstückscharakter verleiht (§ 1017), verlangt § 1015 B.G.B. für die Bestellung des Erbbaurechts dieselbe Form wie für die Eigentumsübertragung gem. § 925 Abs. 1, nämlich daß die Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamte erklärt werde. Überflüssig ist die Bestimmung des § 1015 deshalb nicht, weil die Bestellung des Erbbaurechts in der Lehre des Eigentums kein Analogon hat, denn den für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften (§ 1017, Abs. 2) entprechen beim Erbbaurecht die Vorschriften über den Erwerb eines bereits bestellten Erbbaurechts. Die Bezeichnung „Auflassung“ legt das B.G.B. dem Begründungsakte nicht bei; doch scheint sich die Bezeichnung auch dieses Aktes als „Auflassung“ einzubürgern, wogegen keine Bedenken erhoben werden dürften; auch die G.B.O. vermeidet die Anwendung dieser Bezeichnung auf die Bestellung des Erbbaurechts (vgl. §§ 20, 31 G.B.O.). Bei der Erklärungsabgabe vor dem Grundbuchamte können sich die Beteiligten natürlich durch Bevollmächtigte vertreten lassen; hierbei ist dann auf Grund des § 31 G.B.O. die Vollmacht stempelfrei, wenn das der Einigung zugrunde liegende Rechtsgeschäft von einem Notar beurkundet und die Voll-

macht in der Urkunde erteilt ist. Nach Art. 143 Abs. 1 E.G. z. B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche in Ansehung der in dem Gebiete des Bundesstaates liegenden Grundstücke bestimmen, daß die Einigung der Parteien in den Fällen der §§ 925, 1015 B.G.B. außer vor dem Grundbuchamte auch vor Gericht, vor einem Notar, vor einer andern Behörde oder vor einem anderen Beamten erklärt werden kann; von diesem Vorbehalte hat das preuß. Ausführungsgesetz zum B.G.B. im Art. 26, das bayer. Ausführungsgesetz zum B.G.B. im Art. 81 Gebrauch gemacht. Von dem Erfordernisse der gleichzeitigen Anwesenheit der erklärenden Parteien kann unter keinen Umständen abgesehen werden, insbesondere findet Art. 143 Abs. 2 E.G. z. B.G.B. auf die Begründung des Erbbaurechts keine Anwendung. Da aber — wie oben erörtert — § 313 B.G.B. auch die auf Bestellung eines Erbbaurechts gerichteten obligatorischen Verträge umfaßt, so hat auf Grund des § 1017 B.G.B. auch der Vorbehalt des § 98 G.B.O. auf das Erbbaurecht Anwendung zu finden, wonach durch Landesgesetz bestimmt werden kann, daß das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen solle, wenn die nach § 313 B.G.B. erforderliche Urkunde, nämlich der gerichtlich oder notariell beurkundete Veräußerungsvertrag, vorgelegt wird; durch die Auflassung wird ein etwaiger Formmangel geheilt.[1]) Bayern hat von diesem Vorbehalte im Art. 12 des A.G. z. B.G.B. und Z.V.G. vom 9. 6. 1899 Gebrauch gemacht.

Während aber eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, unwirksam ist, ist die Bestellung eines Erbbaurechts unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung zulässig. Der 1. Entwurf schied nicht sowohl die Begründung und Übertragung des Erbbaurechts als vielmehr auflösende Bedingungen und Endtermine einerseits und aufschiebende Bedingungen und Anfangstermine anderer-

[1]) Übereinst. Oberneck § 81 Z. 2a; Fuchs § 1015 Z. 5a; abw. Turnau-Förster § 1017 Anm. I, 1 Ende.

seits. Die ersteren vereitelten zweifelsohne weder die Bestellung noch die Übertragung des Erbbaurechts; die Frage, ob aufschiebende Bedingungen und Betagungen die Begründung des Erbbaurechts ebenso unwirksam machen wie die Auflassung, war im Gesetz nicht entschieden. Die Motive verneinten bei der großen Seltenheit derartig bedingter Begründungsverträge das Bedürfnis, die angedeutete Frage im Gesetze zu entscheiden, und ließen es dahingestellt, ob die Analogie dazu führe, daß ebenso, wie suspensiv bedingtes oder betagtes, also noch nicht präsentes Eigentum der Buchungsfähigkeit entbehre, auch einem noch nicht präsenten Erbbaurechte die Buchungsfähigkeit zu bestreiten sei (Mot. III S. 472 Z. 4). Jedenfalls glaubte man, nicht annehmen zu dürfen, daß die Gründe, welche gegen eine suspensiv-bedingte oder betagte Eigentumsübertragung sprächen, ohne weiteres auf das Erbbaurecht anwendbar wären. Auch die Protokolle der zweiten Lesung ergeben nicht, daß man in Ansehung der Bedingungen und Zeitbestimmungen zwischen Begründung und Übertragung einen Unterschied habe statuieren wollen; daß zu einer solchen Scheidung auch kein innerer Grund bestehe, führt Fuchs (Anm. 2 zu § 1015 S. 268) des näheren aus. Die Vorschrift des § 1015 B.G.B. nun entspricht wörtlich dem 1. Absatz des § 925 B.G.B., der 2. Absatz dieses Paragraphen wird jedoch nicht wiederholt, wonach eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, unwirksam ist. Hieraus ist zu folgern, daß im Gegensatz zur Auflassung nach § 925 B.G.B. die Bestellung eines Erbbaurechts, wie jede andere Belastung des Grundstückes, unter Beifügung einer Bedingung, und zwar ebenso einer auflösenden wie einer aufschiebenden, oder eines Anfangs- oder Endtermines zulässig ist. Sollte die Begründung des Erbbaurechtes nur unbedingt und unbetagt erfolgen können, so hätte es einer besonderen Vorschrift bedurft, welche im § 1015 B.G.B. ihren Platz zu finden gehabt hätte. Was die Beifügung von Zeitbestimmungen im einzelnen anlangt, so wird auf die früheren Ausführungen über die „Dauer des Erbbaurechts“ verwiesen; hinsichtlich

des zulässigen Inhaltes von Bedingungen — auch in diesem Punkte wird auf das oben Gesagte Bezug genommen — ist nur zu betonen, daß ein Erbbaurecht, welches auf Lebenszeit des Berechtigten oder unter der auflösenden Bedingung, daß das Recht nicht veräußert werde, bestellt wird, sachlich kein Erbbaurecht, sondern eine beschränkt-persönliche Dienstbarkeit ist.

Die Frage nun, welche Momente im einzelnen der dingliche Vertrag zu enthalten habe, beantwortet sich natürlich je nach Lage des konkreten Falles verschieden. Jedenfalls muß das Erbbaurecht als begrenztes Recht durch den dinglichen Vertrag, der es begründet, in seinem rechtlichen Umfange genau festgestellt werden; davon, daß sich die Beteiligten in Wahrheit geeinigt und einen bestimmten positiven Vertragsinhalt festgesetzt haben, wird die Gültigkeit der Auflassung und so des Erbbaurechts selbst abhängen. Die Motive (III S. 471 Z. 2) lassen es dahingestellt, ob nicht unter Umständen und je nach den Verhältnissen des zu belastenden Grundstückes zur Begründung des Rechtes und zu seiner Eintragung die akzeptierte Eintragungsbewilligung genüge, welche nur die Erklärung enthält, es werde vom Eigentümer für den andern Teil die Eintragung eines oder des Erbbaurechtes bewilligt. Jedenfalls wird regelmäßig der Inhalt dieses Rechtes durch die vor dem Grundbuchamte abzugebenden Vertragserklärungen spezialisiert werden. Welche Anforderungen an diese Spezialisierung zu stellen sind, insbesondere wie weit sich die Prüfungspflicht des Grundbuchrichters erstreckt, davon wird im folgenden die Rede sein.

3. Das Erbbaurecht ist eine Belastung des Grundstücks und erfordert daher zu seiner Entstehung neben der Einigung der Beteiligten die Eintragung in das Grundbuch. Da es sich in der Regel um einen Vertrag handelt, welcher „bei der Bestimmung des Inhaltes des zu begründenden Rechtes nicht schon durch die Bezeichnung des letzteren einen durch das Gesetz genau bestimmten Rechtsinhalt ergibt", so ist, wie auch die Mot. (III S. 471 Z. 2) hervorheben, die Lage des

Grundbuchamtes eine etwas schwierigere als bei Begründung eines Nießbrauches oder auch einer Hypothek.

In den meisten Fällen - darauf wurde schon unter Ziffer 2 hingewiesen — wird eine Spezialisierung durch die Parteien erforderlich und deren Umfang unter Berücksichtigung der allgemeinen Vorschriften der §§ 154 ff. B.G.B. von den Umständen des konkreten Falles abhängig sein. Jedenfalls wird der Grundbuchrichter zu prüfen haben, ob die Erklärungen des dinglichen Vertrages die erforderliche Bestimmtheit haben, und insbesondere, ob das eingeräumte Benutzungsrecht unter den gesetzlichen Begriff des Erbbaurechts fällt.

Soll daher ein Erbbaurecht als unveräußerlich oder unvererblich oder unter der auflösenden Bedingung, daß das Recht durch seine Veräußerung erlöschen, oder in der Weise befristet, daß es mit dem Tode des Berechtigten enden solle, eingetragen werden, so sind derartige Eintragungsanträge vom Grundbuchamte abzuweisen; ist trotzdem eine solche Eintragung erfolgt, so wird die Vorschrift des § 140 B.G.B. in Frage kommen, wonach, soferne ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäftes entspricht, das letztere gilt, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde; es kann sich dann eventuell um eine gültige Dienstbarkeit handeln. Ein Anlaß, diese Prüfungspflicht dem Grundbuchrichter abzunehmen, ist nicht gegeben, denn „ein vorbereitender Akt vor Gericht oder Notar, wenn man einen solchen verlangen wollte, würde eine besondere Bürgschaft für die Korrektheit der Vertragserklärungen nicht bieten und die Prüfung des Grundbuchamtes nicht ersparen, also ohne wesentlichen Nutzen sein". (Mot. III S. 472). Auch in dem Falle, daß der Begründungsvertrag gemäß Art. 143 E. G. z. B.G.B. vor andern Behörden oder Beamten geschlossen ist, ist daher die dem mit dem Eintragungsantrage befaßten Grundbuchamte obliegende Prüfungspflicht keine geringere. Abweichend von der Vorschrift des § 19 G.B.O., wonach eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird, bestimmt deshalb auch

§ 20 G.B.O., daß, wie bei der Auflassung eines Grundstückes, so auch im Falle der Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts die Eintragung nur erfolgen darf, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des andern Teiles erklärt ist; der Zweck dieser Vorschrift ist eben der, daß in den Fällen, in welchen die Einigung an eine besondere Form gebunden ist (§§ 925, 1015, 1017 B.G.B,), die Beobachtung dieser Form gesichert bleibt. Sind die angedeuteten Voraussetzungen erfüllt, so ist das Erbbaurecht auf dem Grundbuchblatte des belasteten Grundstücks einzutragen, und damit gelangt das Recht zur Entstehung. Ist diese Eintragung erfolgt, so ist auf Antrag für das Recht ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen, und zwar „erhält" das Erbbaurecht sein „Blatt im Grundbuche des Bezirkes, in welchem das belastete Grundstück gebucht ist"; die Anlegung wird auf dem Blatte des Grundstückes vermerkt (vgl. § 7 G.B.O.; Mot. z. G.B.O. zu § 5 I. E.). In dieser Möglichkeit, ein eigenes Grundbuchblatt zu erhalten, zeigt sich der Liegenschaftscharakter, die Selbständigkeit des Rechtes als Verkehrsobjekt nach außen. Da aber das Wesen des Erbbaurechts in seiner Eigenschaft als Belastung eines fremden Grundstücks zu erblicken ist, so ist wesentlich und ausschließlich maßgebend für die Entstehung des Rechtes die auf dem Grundbuchblatte des belasteten Grundstückes vorgenommene Eintragung. Die Anlegung eines besonderen Blattes und die Eintragung des Erbbaurechts auf diesem ist daher weder erforderlich (anders § 962 Entw. 1) noch ausreichend; die Protokolle S. 284 heben ausdrücklich hervor, daß aus jener Bestimmung nur zu folgern sei, die Eintragung auf ein besonderes Blatt sei zur Übertragung und Belastung — worauf noch des näheren einzugehen ist — erforderlich, daneben sei aber nur die Zulässigkeit, also nicht die Pflicht der Anlegung eines besonderen Blattes anzuerkennen. Die Folge hiervon ist, daß in betreff der Existenz des Rechtes und bezüglich seines Inhaltes und Umfanges nur die Eintragungen auf dem Blatte des belasteten Grundstückes dem Publizitätsprinzipe unterstehen. Das besondere Blatt des Erb-

baurechts bezieht sich, was die Begründung anlangt, auf das Blatt des belasteten Grundstückes, es konstituiert also nicht das Recht, sondern deklariert nur das bereits bestehende und dient überwiegend technischen Erleichterungen der Buchführung. In erster Linie muß daher das Grundbuchblatt des belasteten Grundstückes eingesehen werden, denn dieses ist entscheidend für die Feststellung, ob, in welchem Umfange und mit welchem Inhalte das Recht besteht, falls die Eintragung auf dem besonderen für das Erbbaurecht angelegten Blatte von der auf dem Grundstücksblatte enthaltenen abweicht. Ist z. B. bei Anlegung des besonderen Blattes irrtümlicherweise auf diesem ein anderes Grundstück als das tatsächlich mit dem Erbbaurechte belastete angegeben, so hat das Erbbaurecht rechtlich Bestand nur soweit, als es sich aus seiner Eintragung auf dem Blatte des wirklich belasteten Grundstückes ergibt; das auf dem besonderen Blatte eingetragene Erbbaurecht kann gegen den Eigentümer des auf diesem Blatte eingetragenen Grundstückes auch nicht auf Grund des Glaubens an die Richtigkeit dieses Blattes geltend gemacht werden.[1]) Die materiellrechtliche Wirksamkeit des Erbbaurechts, nach Inhalt und Umfang, knüpft sich also an die Eintragung auf dem Blatte des belasteten Grundstückes, in dieser Richtung stellt sich das besondere Blatt als ein bloßer Anhang des letzteren dar und bleibt von dessen Inhalte abhängig; wird das Recht daher auf dem Blatte des belasteten Grundstücks gelöscht, so verlieren – wie unten noch näher ausgeführt werden wird — auch die Eintragungen auf dem Blatte des Erbbaurechts ihre Wirksamkeit, und das gleiche ist bei einem resolutiv bedingten bezw. unter Beifügung eines Endtermines bestellten Erbbaurechte mit dem Eintritte der Bedingung bezw. des Endtermines der Fall.

Der Antrag auf Anlegung eines besonderen Blattes kann sowohl vom Grundstückseigentümer als auch vom Erbbauberechtigten ausgehen (§ 13 G.B.O.); zu dem Antrag wird es

[1]) vgl. Turnau-Förster Anm. 1 zu § 7 G.B.O.

der Form des § 29 G.B.O. nicht bedürfen (§ 30 G.B.O.).[1]) Von Amtswegen muß die Anlegung eines besonderen Blattes nur erfolgen, wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll (§ 7 Abs. 1 S. 2 G.B.O.). Da nach § 1017 B.G.B. für das rechtsgültig bestellte Erbbaurecht, also auch hinsichtlich der Veräußerung und Belastung, die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, so ist die Vorschrift des § 7 Abs. 1 S. 2 G.B.O., wie die Denkschrift zu § 7 G.B.O. ausführt, „vom Standpunkte des B.G.B. nur folgerichtig und erleichtert außerdem die Übersichtlichkeit der Buchführung". Soll eine Vormerkung gemäß § 883 B.G.B. zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung oder Belastung des Erbbaurechts eingetragen werden, so bedarf es natürlich nicht der Anlegung eines besonderen Blattes von Amtswegen; denn durch die Vormerkung erfolgt keine Veräußerung oder Belastung, sondern sie dient nur zu deren Vorbereitung und Sicherung. Ob der Übergang des Erbbaurechts kraft Gesetzes, z. B. durch Erbrecht, zu den „Veräußerungen" im Sinne des § 7 G.B.O. zu rechnen ist, ist nicht unzweifelhaft, doch wird wohl mit Rücksicht auf den Zweck des besonderen Blattes jeder Wechsel in der Person des Berechtigten als „Veräußerung" zu betrachten sein.[2]) Ist das besondere Blatt einmal angelegt, so muß es für das Erbbaurecht fortan als Grundbuch im Sinne des B.G.B. gelten (§ 3 S. 2 G.B.O.). Hieraus folgt, daß jede dingliche Rechtsänderung, welche zur Wirksamkeit der Eintragung bedarf, nach Anlegung des besonderen Blattes auf diesem eingetragen werden muß, um wirksam zu sein. Hinsichtlich dieser Eintragung genießt das besondere Blatt auch öffentlichen Glauben; in dieser Richtung ist es unabhängig von dem Blatte des belasteten Grundstücks, nur was Existenz, Inhalt und Umfang des Rechts anlangt, ist und bleibt, wie hervorgehoben, das Grundstücksblatt allein ausschlaggebend.

Soll ein Erbbaurecht an einem dem Buchungszwange

---

[1]) So auch Turnau-Förster Anm. 3 zu § 7 G.B.O.

[2]) A. A. Turnau-Förster Anm. 4 zu § 7 G.B.O.

nach § 90 G.B.O. nicht unterliegenden und nicht gebuchten Grundstücke begründet werden, so bedarf es einer Auflassung nach den Vorschriften des B.G.B., da Art. 128 E.G. z. B.G.B. nur für die Begründung von Dienstbarkeiten an einem solchen Grundstücke einen Vorbehalt zugunsten der landesgesetzlichen Vorschriften enthält. Aus § 7 G.B.O. geht deutlich hervor, daß in diesem Falle für das Erbbaurecht ein besonderes Blatt nicht angelegt werden kann, bevor für das dienende Grundstück ein solches angelegt ist.

Soll ein realer Grundstücksteil mit dem Erbbaurechte belastet werden, so ist dieser Teil zunächst gemäß § 6 G.B.O. durch Abschreibung vom Grundstücke zu verselbständigen und dadurch belastungsfähig zu machen. Ist für eine Superfizies des bisherigen Rechtes ein besonderes Blatt angelegt, so ist es fortzuführen (E.G. z. B.G.B. Art. 184).

Die Beifügung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung, eines Anfangs- oder Endtermins bei der Bestellung des Erbbaurechts steht natürlich der Anlegung eines besonderen Blattes nicht im Wege. Die Bedingtheit des Rechtsinhaltes ist belanglos für die Frage der Anlegung eines besonderen Blattes; das Blatt wird natürlich jederzeit unbedingt angelegt, aber das Recht des Bestellers auf Aufhebung des Erbbaurechts kann nicht bloß durch eine Vormerkung gesichert werden, sondern kann auch im Inhalte des Eintrags zum Ausdrucke kommen.[1])

Für den Rang der Eintragung ist § 879 B.G.B. maßgebend. Trifft ein Erbbaurecht mit einer Grunddienstbarkeit, einem Nießbrauch oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit dergestalt zusammen, daß die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang, so kann jeder Berechtigte eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen

[1]) So auch Fuchs Anm. 6a letzter Abs. zu § 1015; Oberneck § 81 Z. 2b α.

entsprechende Regelung der Ausübung verlangen (§§ 1024, 1060, 1090 Abs. 2 B.G.B.).

Bezüglich der Fassung des Eintragungsvermerkes war im 1. Entw. § 962 Abs. 2 Satz 2 die Bestimmung vorgeschlagen, daß bei der Eintragung zur näheren Bezeichnung des Inhaltes des Rechtes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden dürfe; denn da die vertragsmäßige Bestimmung des Inhalts des Erbbaurechts, welche zu Protokoll des Grundbuchamtes vorgetragen werde, sehr in das Einzelne gehen könne, müsse der Entwurf eine Erleichterung für die Grundbuchführung schaffen (vgl. Mot. III S. 472). Das B.G.B. hat diese Bestimmung allerdings nicht aufgenommen; da jedoch, weder im B.G.B. noch in der G.B.O., in dieser Richtung für das Erbbaurecht besondere Vorschriften getroffen sind, so findet § 874 B.G.B. Anwendung: sind daher der Inhalt des Rechts, insbesondere die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien, in der Eintragungsbewilligung des näheren festgestellt, so kann diese als Anlage des Protokolls überreicht und auf deren Inhalt bei der Eintragung Bezug genommen werden. Die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung gilt, soweit sie zur näheren Bezeichnung des Rechtsinhaltes dient, als miteingetragen; sie steht also auch demjenigen entgegen, der sich nach der Eintragung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches (§§ 892, 893) beruft. Bestimmungen der Bewilligung, welche das Gesetz von der Eintragung ausschließt, sind als nicht in Bezug genommen bezw. als nicht miteingetragen anzusehen. Erfolgt die Eintragung in Gemäßheit der C.P.O. § 894 Abs. 1 auf Grund eines Urteils, so kann auf das Urteil Bezug genommen werden. Erfolgt sie nach der G.B.O. § 39 auf Grund des Ersuchens einer Behörde, so wird man, soweit der § 874 in Frage kommt, auch in dem Ersuchen einen zulässigen Ersatz der Eintragungsbewilligung sehen müssen.[1]) Wird jedoch das Recht als ein bedingtes oder befristetes bestellt, so bedarf dies der Eintragung im

[1]) Planck Anm. 3 und 4 zu § 874.

Grundbuche, weil es sich dann nicht um eine nähere Bezeichnung des Rechtsinhalts, sondern um eine dem Rechte selbst hinzugefügte Beschränkung handelt; zur Wirksamkeit gegen Dritte muß aber eine solche Beschränkung sich aus der Eintragung selbst ergeben, nicht etwa nur aus der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung.[1]) Wird dagegen von den Parteien eine Erstreckung des Erbbaurechts auf die Benutzung eines für das Bauwerk selbst nicht erforderlichen Teiles des Grundstückes gemäß § 1013 B.G.B. vereinbart, so gehört diese zur näheren Bezeichnung des Rechtsinhaltes und wird deshalb durch die unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung erfolgte Eintragung des Rechtes gedeckt.

Steht der Inhalt des Grundbuches in Ansehung des Erbbaurechts mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange, so ist der Berichtigungsanspruch auf Grund des § 894 B.G.B. gegeben. Wenn die Berichtigung des Grundbuches durch Eintragung eines Erbbauberechtigten zu erfolgen hat, darf nach § 22 Abs. 2 G.B.O. der Erbbauberechtigte nur mit seiner Zustimmung eingetragen werden; die Zustimmung des Erbbauberechtigten ist jedoch in den Fällen nicht erforderlich, wo derjenige, welcher die Berichtigung des Grundbuches beantragt, auf Grund eines gegen den Erbbauberechtigten vollstreckbaren Titels eine Eintragung in das Grundbuch verlangen kann, deren Zulässigkeit von der vorgängigen Berichtigung des Grundbuches abhängt (G.B.O. § 22 Abs. 2 in Verb. mit § 14). Auch die Vorschriften über Eintragung einer Vormerkung (§§ 883 ff. B.G.B.) sowie eines Widerspruchs (§ 899 B.G.B.) finden natürlich auf das Erbbaurecht Anwendung.

B. Entstehung durch Ersitzung.

Die bisher zulässige Ersitzung[2]) eines Erbbaurechts ist nach dem Zeitpunkte, in dem das Grundbuch als angelegt

[1]) Gleicher Ansicht Kretzschmar S. 436.

[2]) vgl. für gemeines Recht R.G. Bd. 7 S. 144, für A.L.R. Gruchot Bd. 30 S. 130.

erklärt ist (nicht etwa vom Inkrafttreten des B.G.B. an, wie aus dem Folgenden hervorgeht) nicht mehr möglich, von diesem Zeitpunkte an ist nur noch eine Tabularersitzung nach § 900 B.G.B. denkbar. Ob man hierbei eine entsprechende Anwendung des Abs. 1 des § 900 (auf Grund des § 1017 B.G.B.) oder eine direkte Anwendung des Abs. 2 annimmt, ist gleichgültig. Hiernach wird derjenige, für welchen ein ihm nicht zustehendes Erbbaurecht im Grundbuche eingetragen ist — es handelt sich ja stets um ein zum Besitze des Grundstückes berechtigendes Recht —, Erbbauberechtigter, wenn die Eintragung 30 Jahre bestanden und er während dieser Zeit das Recht als sein eigenes ausgeübt hat. Die dreißigjährige Frist wird in derselben Weise berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache. Der Lauf der Frist ist gehemmt, so lange ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch eingetragen ist. Durch die Ersitzung wird das Recht mit dem Range erworben, welcher ihm nach seiner Eintragung im Grundbuche gemäß § 879 B.G.B. gebührt (vgl. § 900 B.G.B.).

Die Begründung eines Erbbaurechts, also auch die durch Ersitzung, erfolgt auch nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (E.G. z. B.G.B. Art. 189 Abs. 1 Satz 1). Ist zu der Zeit, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, der Besitzer als der Berechtigte im Grundbuch eingetragen, so finden auf eine zu dieser Zeit noch nicht vollendete, nach § 900 B.G.B. zulässige Ersitzung die Vorschriften des Art. 169 E.G. entsprechende Anwendung (vgl. E.G. z. B.G.B. Art. 189 Abs. 2): sind also diese Voraussetzungen erfüllt, so bestimmt sich der Beginn sowie die Hemmung und Unterbrechung der Ersitzung für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach den bisherigen Gesetzen (E.G. Art. 169 Abs. 1). Die im E.G. z. B.G.B. Art. 189 Abs. 1 Satz 1 auch nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs bis zu dem Zeitpunkte, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, ausgesprochene Geltung

der bisherigen Gesetze erleidet eine Einschränkung durch Satz 3 l. c.: „ein nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs unzulässiges Recht kann nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht mehr begründet werden". Hiernach können nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs superfiziarische Rechte mit einem andern Inhalte als dem sich aus §§ 1012—1014 B.G.B. ergebenden nicht mehr ersessen werden, auch wenn die Ersitzungsfrist bereits vor dem Zeitpunkte, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, abgelaufen wäre.

C. Begründung durch Vermächtnis.

Anders wie im gemeinen Rechte kann die Bestellung eines Erbbaurechts durch Vermächtnis natürlich nur obligatorische Bedeutung haben, denn die Entstehung dinglicher Rechte durch Vermächtnis ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ausgeschlossen. Die Bestellung durch Vermächtnis gewährt dem Bedachten einen persönlichen Anspruch gegen den oder die Erben, eine entsprechende, zur Bestellung des Erbbaurechts erforderliche Willenserklärung im Sinne des § 873 B.G.B. abzugeben, d. h. die in der vorgeschriebenen Form erklärte Einwilligung zur Eintragung des vermachten Erbbaurechts auf dem ererbten Grundstücke. Voraussetzung ist hierzu, daß die Erben als Eigentümer des betreffenden Grundstückes im Grundbuche eingetragen sind, da die Ausnahme des § 41 G.B.O. sich nicht auf die Begründung von dinglichen Rechten an fremden Grundstücken bezieht. Hat der Bedachte einen vollstreckbaren Titel gegen die Erben, auf Grund dessen er seine Eintragung ins Grundbuch verlangen kann, so kann auch er gemäß § 14 G.B.O. die Eintragung der Erben beantragen.

D. Änderung des ursprünglichen Rechtsinhaltes.

Wenn der Inhalt eines bestehenden Erbbaurechts durch Vereinbarung geändert werden soll, so finden nach § 877 B.G.B.

die Vorschriften der §§ 873, 874 und 876 l. c. Anwendung. Es ist also hierzu dingliche Einigung und Eintragung im Grundbuche erforderlich, zweifelhaft ist jedoch, ob Auflassungsform gemäß § 1015, wie zur Bestellung des Erbbaurechts, notwendig ist. Es wird anzunehmen sein, daß nach § 877 B.G.B. die Formen der Bestellung eines Rechtes auch für die Änderung seines Inhaltes gelten, daß deshalb auch rechtsgeschäftliche Änderungen des ursprünglichen Inhaltes des Erbbaurechts vom Auflassungsprinzipe beherrscht sind und der Form des § 1015 B.G.B. bedürfen.[1]) Hat das Erbbaurecht ein besonderes Buchblatt, so erfolgt die Eintragung auf diesem sowie auch auf dem Blatte des belasteten Grundstückes, denn für Existenz, Inhalt und Umfang des Rechtes bleibt — wie oben hervorgehoben — ausschließlich maßgebend das Blatt des belasteten Grundstückes. Wie bei der Neueintragung eines Rechtes an einem Grundstücke findet auch bei der Inhaltsänderung des eingetragenen Rechtes § 874 B.G.B. Anwendung, welcher zur näheren Bezeichnung des Inhaltes die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gestattet. Ist das Erbbaurecht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erfordert eine solche Änderung auch dessen Zustimmung (§ 876 B.G.B.).

[1]) So Planck, Anm. 4 zu § 1015; Fuchs, Anm. 4 zu § 1015.

Kohn.

Fünfter Abschnitt.

Erwerb des bestehenden Erbbaurechtes.

Das zur Entstehung gelangte Erbbaurecht unterliegt den Vorschriften über Grundstücke. Wenn daher die für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften gemäß § 1017 Abs. 2 B.G.B. auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung zu finden haben, so müssen es diejenigen über das Grundeigentum sein. Das Erbbaurecht wird eben wie ein Grundstück behandelt, und da zu seinem Begriffe Veräußerlichkeit wie Vererblichkeit gehört, so kann es nicht nur durch rechtsgeschäftliche Übertragung, sondern auch durch Erbfolge, Eingehung einer gütergemeinschaftlichen Ehe mit dem Erbbauberechtigten, durch Tabularersitzung sowie durch Zuschlag in der Zwangsvollstreckung erworben werden. Bezüglich der Frage, wer ein Erbbaurecht erwerben kann und inwieweit in persönlicher Beziehung für den Erwerb gewisse Beschränkungen bestehen, wird auf das unter III, 4 D. I Ausgeführte verwiesen.

I. Rechtsgeschäftliche Übertragung.

Für den Erwerb des Erbbaurechtes durch rechtsgeschäftliche Übertragung kommen auf Grund der Vorschrift des § 1017 Abs. 2 B.G.B. vor allem die §§ 925, 926 l. c. in Betracht. Die nach § 873 l. c. erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (die Auffassung) muß daher

bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamte erklärt werden, also in gleicher Weise, wie bei der Bestellung des Rechtes. Ebenso gilt auch für die Übertragung der Vorbehalt des Art. 143 Abs. 1 E.G. z. B.G.B., wonach die Landesgesetzgebung bestimmen kann, daß die Einigung der Parteien außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notare, vor einer andern Behörde oder vor einem andern Beamten erklärt werden kann. Natürlich ist auch § 925 Abs. 2 l. c. anzuwenden, der vorschreibt, daß eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, unwirksam ist: während also das Erbbaurecht wie eine jede Belastung des Grundstückes als ein bedingtes oder betagtes Recht bestellt werden kann, ist eine bedingte oder betagte Übertragung des bestehenden Rechtes unzulässig; selbstverständlich wird dadurch die unbedingte und unbetagte Übertragung eines bedingten oder betagten Erbbaurechts nicht ausgeschlossen.[1])

Die Anwendbarkeit des § 313 B.G.B. auf das Grundgeschäft, durch welches sich der Erbbauberechtigte verpflichtet, das bestehende Erbbaurecht an einen andern zu übertragen, kann anders als bei dem die Begründung des Rechts vorbereitenden obligatorischen Vertrage — mit Rücksicht auf § 1017 Abs. 2 nicht zweifelhaft sein. Der obligatorische Vertrag bedarf also der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird aber seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.

[1]) So auch Biermann N. 1; Strecker S. 47 ff.; Planck § 1017 Anm. 3; a. A. Fuchs § 1015 Anm. 2, welcher der Meinung ist, daß eine solche Scheidung zwischen Bestellung und Übertragung zwar dem Wortlaute des Gesetzes entspreche, aber der inneren Begründung entbehre; man könne aus der Weglassung des Abs. 2 des § 925 B.G.B. im § 1015 l. c. den Grundsatz entnehmen, daß die Auflassung, möge sie nun der Bestellung oder der Übertragung des Erbbaurechts dienen, auch durch Beifügung von Bedingungen und Zeitbestimmungen nicht unwirksam werde. Wie Fuchs: Endemann II § 59 Anm. 5 S. 229.

Aus der Anwendbarkeit des § 313 B.G.B. ergibt sich auch für die Übertragung wie für die Bestellung die Geltung des § 98 G.B.O., wonach die Landesgesetzgebung bestimmen kann, daß das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen solle, wenn die nach § 313 B.G.B. erforderliche Urkunde vorgelegt wird; es wird hierbei auf das oben unter Abschn. IV A. 2 Gesagte Bezug genommen.

Bei einer Veräußerung steht dem Eigentümer kein gesetzliches Vorkaufsrecht zu, ebensowenig gewährt ihm das Gesetz einen Anspruch auf Zahlung eines Währschafts- oder Bezeigungsgeldes. Die Verpflichtungen des bisher Berechtigten werden natürlich — wie bereits oben dargetan wurde — durch die Veräußerung nicht aufgehoben, aber der neue Erwerber ist an die von dem ersten Erbbauberechtigten dem Grundstückseigentümer gegenüber bei der Begründung des Rechtes übernommenen Verpflichtungen seinerseits nur gebunden, wenn sie dinglich gesichert sind.

Erfolgt eine Übertragung des Erbbaurechts, so greift auf Grund des § 1017 Abs. 2 B.G.B. § 926 l. c. Platz. Vielfach wird es sich ja um Zubehör des Bauwerks handeln, und dieses fällt rechtlich natürlich nicht zusammen mit dem Zubehör des Erbbaurechts; nur in dem Falle ist das Zubehör des Bauwerkes gleichzeitig solches des Erbbaurechts, wenn das Bauwerk selbst sich als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts qualifiziert. Hierüber sowie über die rechtliche Möglichkeit, daß das Erbbaurecht als solches Zubehör ebensogut wie Bestandteile haben kann, obwohl der Zubehörbegriff nach dem B.G.B. sich eigentlich auf das Verhältnis von Sache zu Sache beschränkt und daher begrifflich Rechten an sich Zubehör nicht zugesprochen werden kann, war bereits im Abschnitte über den Begriff des Erbbaurechts die Rede (vgl. Abschn. III, 3 d). Das Bauwerk selbst wird sich wohl nur dann als Zubehör des Rechtes betrachten lassen, wenn es weder dem Bodeneigentümer noch dem Erbbauberechtigten gehört, sondern einem Dritten, z. B. einem Nießbraucher des Grundstückes, der das Bauwerk in Ausübung seines Rechtes errichtet hat; denn im ersten

der beiden andern Fälle bildet das Bauwerk einen wesentlichen Bestandteil des Grundstückes, im letzteren Falle einen wesentlichen Bestandteil des Erbbaurechtes; in diesem letzteren Falle geht das Bauwerk durch die Auflassung des Erbbaurechts von selbst auf den Erwerber über. Handelt es sich jedoch um Sachen, welche sich als Zubehör des Erbbaurechts darstellen, so vollzieht sich der Eigentumsübergang hieran auf den Erwerber des Erbbaurechtes nach den Vorschriften des § 926 B.G.B.

2. Durch Ausschlußurteil gemäß § 927 B.G.B.

Bezüglich der Anwendbarkeit des § 927 B.G.B. auf Grund des § 1017 Abs. 2 l. c. besteht eine Kontroverse. Die einen[1]) verneinen die Anwendbarkeit, weil nur die Erwerbs-, nicht die Verlustnormen des Eigentums auf das Erbbaurecht nach § 1017 Abs. 2 l. c. entsprechende Anwendung finden, § 927 aber in erster Linie den Verlust des Eigentums betreffe, und Planck insbesondere bemerkt, daß der Ausschluß des Erbbauberechtigten durch das Aufgebot nie zum Erwerbe des Erbbaurechts durch denjenigen, welcher das Ausschlußurteil erwirkt habe, führen, sondern das Eigentum sich konsolidieren würde. Demgegenüber ist wohl der andern Gruppe[2]) zuzustimmen, welche die Anwendbarkeit des § 927 l. c. bejaht. Denn es handelt sich hier um eine Vorschrift über den Erwerb des Eigentums; die Beendigung des ursprünglichen ist nur eine selbstverständliche Folge des Eigentumserwerbes durch eine neue Person, bei jedem Eigentumswechsel muß der eine Teil sein Eigentum verlieren. Planck hätte recht, wenn das ursprüngliche Eigentum schon durch Eintritt der Rechts-

[1]) Planck § 1017 Anm. 3; Fuchs § 1017 Anm. 5d; Biermann Anm. 2 zu § 1017; Goldmann-Lilienthal S. 455 N. 4; Strecker S. 48; Predari Bem. 2 zu § 7 G.B.O. S. 79.

[2]) Maenner S. 194 Anm. 4; Kober Anm. 2a zu § 1017; Fischer-Henle Anm. 2 § 1017; Windscheid-Kipp S. 1004; Kretzschmar S. 443.

kraft des Ausschlußurteils verloren ginge; davon kann aber nicht die Rede sein, denn der Verlust des Eigentumes tritt hier nicht selbständig ein, wie etwa bei der Aufgabe des Eigentums gemäß § 928 B.G.B., sondern er ist erst eine Folge davon, daß sich der Eigenbesitzer auf Grund des erwirkten Ausschlußurteiles als Eigentümer ins Grundbuch eintragen läßt und dadurch für sich das Eigentum erwirkt. Die Bemerkungen der Mot. III S. 474 erscheinen für den gegenwärtigen Gesetzestext nicht zutreffend. Unrichtig freilich ist die Ansicht von Fuchs (Anm. 5 d zu § 1017), daß der Erbbauberechtigte den Eigentümer wie jeder andere ausschließen könne; denn der Erbbauberechtigte hat ja stets nur zu Erbbaurecht, nie als Eigenbesitzer das Grundstück besessen, und letzteres wäre gesetzliches Erfordernis hiefür. Gemäß § 927 kann also der Erbbauberechtigte, wenn das Bauwerk seit 30 Jahren von einem andern zu Erbbaurecht besessen ist, im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen werden, und der Besitzer kann dann das Erbbaurecht erwerben, indem er sich als Erbbauberechtigten eintragen läßt; die Berechnung der Besitzzeit, die Voraussetzungen des Aufgebotsverfahrens sowie die Wirkung des Ausschlußurteiles gegen Dritte werden im § 927 ausdrücklich geregelt.

3. Aneignung (§ 928).

Wenn der Erbbauberechtigte dem Grundbuchamte gegenüber erklärt, auf das Erbbaurecht zu verzichten, so läge der Schluß nahe, daß auf Grund des § 928 B.G.B. sich der Fiskus des betreffenden Bundesstaates das Recht aneignen könne. Da jedoch der Untergang des Erbbaurechts den allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken unterliegt, so erfolgt die Dereliktion des Rechtes gemäß § 875 B.G.B., es tritt Konsolidation zugunsten des Eigentümers des belasteten Grundstücks ein, so daß das Erbbaurecht untergeht und das Eigentum von ihm frei wird.

4. Sonstige Erwerbsarten.

In dieser Hinsicht, insbesondere bez. des kraft Gesetzes eintretenden Erwerbes, bedarf es keiner näheren Erörterung. Ebenso wie die Begründung eines Erbbaurechtes kann natürlich auch der Erwerb eines bereits bestehenden durch Tabularersitzung gemäß § 900 B.G.B. stattfinden, im einzelnen wird auf das im Abschnitt über die durch Ersitzung erfolgende Begründung Ausgeführte Bezug genommen. Da auf die Zwangsvollstreckung ins Erbbaurecht nach § 870 C.P.O. die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke entsprechende Anwendung finden, so wird auf Grund des § 90 Zwangsversteigerungsgesetzes durch den Zuschlag der Ersteher des Rechtes Erbbauberechtigter, sofern nicht im Beschwerdewege der Beschluß rechtskräftig aufgehoben wird; des näheren wird hierüber unten gelegentlich der Zwangsvollstreckung ins Erbbaurecht gesprochen werden. Bei der unbeschränkbaren Vererblichkeit und Veräußerlichkeit des Erbbaurechts kann es auch durch Erbfolge und Eingehung einer ehelichen Gütergemeinschaft erworben werden; für den Erwerb durch Erbfolge kommen die Bestimmungen der §§ 1922, 1942, 2100 und 2139 B.G.B., für den durch Eingehung einer Gütergemeinschaft diejenigen der §§ 1438 und 1519 in Betracht.

5. Formelles Verfahren.

Bezüglich des zum Erwerbe des bereits bestehenden Erbbaurechts erforderlichen formellen Verfahrens, insbesondere bezüglich der Eintragung, gilt im allgemeinen das gleiche wie bei der Bestellung des Erbbaurechts, es wird deshalb in dieser Richtung auf die dort hierzu gemachten Ausführungen verwiesen (Abschn. IV A Ziff. 3). Ausdrücklich sei nur nochmals hervorgehoben, daß gemäß § 7 G.B.O. die Veräußerung des Rechtes die Anlegung eines besonderen Grundbuchblattes von Amtswegen zur Folge hat; daß auch

der Übergang des Rechtes kraft Gesetzes zu den Veräußerungen im Sinne des § 7 G.B.O. zu rechnen und daher auch in diesem Falle ein besonderes Grundbuchblatt für das Erbbaurecht notwendig ist, wurde gleichfalls bereits oben an der zitierten Stelle betont. Erwähnt sei noch, daß nach Art. 143 Abs. 1 E.G. z. B.G.B. für die Fälle, in denen es sich darum handelt, ein zum Nachlaß oder zum Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft oder einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörendes Erbbaurecht auf einen von mehreren Beteiligten als Erbbauberechtigten zu übertragen, die Landesgesetzgebung bestimmen kann, daß die erforderliche Auflassung vor dem Nachlaßgericht erfolgen darf. Im Zusammenhange hiermit gewährt § 99 G.B.O. der Landesgesetzgebung die Möglichkeit, vorzusehen, daß in den bezeichneten Fällen zum Nachweise der Erbfolge und der Auflassungserklärungen der Erben ein Zeugnis des Nachlaßgerichtes genügt (vgl. Denkschrift S. 47 f.). Bei den Beratungen der Reichstagskommission wurde dann festgestellt, daß, wenn ein Bundesstaat für die bezeichneten Teilungssachen auch die Notare für zuständig erklärt, der Notar das Nachlaßgericht im Sinne der §§ 37, 38, 99 G.B.O. sei (Komm.-Ber. zu § 97).

Sechster Abschnitt.

Belastungen.

Wie einerseits infolge der Anwendbarkeit der Liegenschaftsnormen auf das Erbbaurecht mit diesem wie mit einem Grundstücke subjektiv-dingliche Rechte — so insbesondere Grunddienstbarkeiten, Vorkaufsrechte, Reallasten — verbunden werden können, so daß das Erbbaurecht sich als herrschendes Grundstück und die subjektiv-dinglichen Rechte sich als dessen Bestandteile gemäß § 96 B.G.B. darstellen (vgl. oben Abschn. III, 3 c), so bewirkt andrerseits die Gleichstellung mit einem Grundstücke, daß gleich einem solchen auch das Erbbaurecht selbst Gegenstand eigener grundbuchmäßiger Belastungen sein kann. Besondere gesetzliche Bestimmungen hierüber waren mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 1017 B.G.B. überflüssig (vgl. Mot. III S. 467 Z. 3). Alle diese Belastungen des Erbbaurechts „ergreifen natürlich nicht das Grundstück in der Totalität seiner Beziehungen, sondern nur in seiner Eigenschaft als Gegenstand des Erbbaurechts", um die Worte Oertmanns[1]) zu gebrauchen, oder, wie das Gesetz es ausdrückt, das Erbbaurecht selbst. Selbstverständlich ist es, daß solche Belastungen, welche unmittelbar das fremde Grundstück treffen, sich also als reale Nutzungen dieses Grundstücks darstellen, als Belastungen des Erbbaurechts nur dann in Betracht kommen können, wenn ein realer Gegenstand, das Bauwerk, wesentlicher Bestandteil des Rechts

[1]) Archiv für bürg. Recht l. c. S. 185.

ist,[1]) und auch dann nur insoweit, als das Bauwerk einen realen Gebrauch zuläßt. Ist das Erbbaurecht gemäß § 890 B.G.B. (vgl. oben III 3 b) mit einem Grundstücke oder mit einem andern Erbbaurecht vereinigt oder einem Grundstücke oder einem andern grundstücksgleichen Rechte als Bestandteil zugeschrieben, so hat eine solche Vereinigung bezw. Zuschreibung zur Folge, daß das Erbbaurecht mit dem betreffenden Grundstücke oder Rechte eine Rechtseinheit bildet, und daß beide während der Dauer der allerdings jederzeit wieder lösbaren Verbindung, vorbehaltlich der Vorschrift des § 6 Satz 2 G.B.O., nur einheitlich belastet werden können. Ebenso unterliegen subjektiv-dingliche mit dem Erbbaurechte verbundene Rechte, die nach § 96 B.G.B. als dessen Bestandteile gelten, den am Erbbaurechte bestehenden Belastungen.

Das Erbbaurecht kann also wie ein Grundstück mit Hypothek, Grund- und Rentenschuld, mit einer Grunddienstbarkeit, einem Nießbrauche, sowie einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, mit einer Reallast, einem Vorkaufsrechte sowie gemäß § 1010 B.G.B. belastet werden; ob wiederum mit einem Erbbaurecht, kann zweifelhaft erscheinen. Im einzelnen ist folgendes hervorzuheben:

1. Auch im gemeinen Rechte konnten *Servituten* zu Lasten des Superfiziars bestellt werden (l. 1 § 9 D. 43, 18); unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgt die Belastung des Erbbaurechts mit Grunddienstbarkeit, Nießbrauch oder beschränkter persönlicher Dienstbarkeit nach den §§ 1018 ff. bezw. 1030 ff. bezw. 1090 ff. Auf Grund des § 1017 B.G.B. untersteht natürlich der Nießbrauch am Erbbaurechte nicht etwa den Normen des Rechtsnießbrauchs (§§ 1068—1084), sondern vielmehr denen des Sachnießbrauches (§§ 1030—1067). Als Folge hiervon ergibt sich, daß für die Beendigung des Nießbrauches an einem Erbbaurechte nicht der § 1072 B.G.B., sondern die §§ 875 und 889 in Betracht kommen. Da aber

[1]) Fuchs zu § 1017 Z. 4c führt als Beispiel eine Durchfahrtdienstbarkeit an.

für die Aufhebung des Erbbaurechts selbst § 875 maßgebend ist, so wird auch § 876 l. c. anzuwenden sein, so daß zur Aufhebung des Erbbaurechts die Zustimmung des Nießbrauchers am Erbbaurecht erforderlich ist.[1]) Der Wortlaut des § 876 paßt eigentlich nur auf den Rechts-Nießbrauch, aber nach der *ratio legis* ist es zweifellos, daß auch der vorliegende Fall der Vorschrift unterworfen ist, wenn es sich auch um ein Recht handelt, welchem positive Gesetzesbestimmung Grundstückscharakter verliehen hat, so daß nicht der Rechtsnießbrauch, sondern der Sachnießbrauch bei ihm zur Anwendung gelangt. Auf diese Weise wird für den Nießbrauch am Erbbaurecht das gleiche erreicht, was für den Nießbrauch an Rechten § 1071 B.G.B. ausdrücklich bestimmt.

2. Vorkaufsrecht und Rückkaufsrecht. Dem Grundstückseigentümer ist nicht, wie es im preußischen revidierten Entwurf vorgesehen war, ein gesetzliches Vorkaufsrecht am Erbbaurecht eingeräumt, um eine schließliche Konsolidation des Eigentums herbeizuführen. Die Motive (III S. 468 Ziff. 5) lehnen es ab, weil gegen eine solche Bestimmung die Bedenken, welche überhaupt die Einräumung gesetzlicher Vorkaufsrechte widerraten, sprechen, insbesondere, daß ein solches Vorkaufsrecht den Erbbauberechtigten schwer bedrücken und dem Eigentümer nur eine ungewisse und geringwertige Aussicht auf Konsolidation verschaffen würde. Hat der Eigentümer des belasteten Grundstücks ein Interesse daran, sich ein Vorkaufsrecht auszubedingen, so kann natürlich ein solches gemäß § 1094 B.G.B. vereinbart und durch Eintragung im Grundbuch dinglich sichergestellt werden.

Ein Rückkaufsrecht des Bodeneigentümers kann allerdings nicht direkt ins Grundbuch eingetragen werden, allein ein solches kann unter beliebigen Bedingungen, selbstverständlich soweit sie nicht den Begriff des Erbbaurechts beeinträchtigen, festgesetzt und durch Eintragung einer Vormerkung dinglich gesichert werden.

---

[1]) So auch Planck § 1017 Anm. 2.

3. Belastung mit Erbbaurecht. Die Frage, ob ein Erbbaurecht wiederum mit einem Erbbaurecht belastet werden kann, wird von Maenner[1]) schlechthin verneint, und zwar aus dem Grunde, weil dies nach § 1015 B.G.B. unzulässig erscheine; dieser Ansicht kann nicht beigestimmt werden, denn die Stelle des Eigentümers vertritt dann eben der Erbbauberechtigte. Allerdings in dem Falle, daß das zu errichtende Bauwerk des zweiten Erbbaurechtes einen Teil desjenigen Bauwerkes bildet, dessen Haben der Gegenstand des ersten Erbbaurechts ist, würde die Bestellung des zweiten Erbbaurechts gegen die Bestimmung des § 1014 verstoßen, daß die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes unzulässig ist; Gegenstand der neuen Belastung würde dann überhaupt nicht das zu belastende erste Erbbaurecht, sondern vielmehr das Grundstück sein. In einem gewissen Umfange dürfte die Frage jedoch zu bejahen sein. Kretzschmar[2]) hält die Belastung mit einem zweiten Erbbaurechte in der Weise für denkbar, daß dem Berechtigten das Recht eingeräumt werde, das Bauwerk zu haben, das sich auf dem mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücke bereits befinde. Ob dies eine zutreffende Lösung der Frage bedeutet, mag dahingestellt bleiben, denn jedenfalls wird, wie Kretzschmar selbst beifügt, dieser Fall wohl niemals praktisch werden, weil die gegebene Rechtsform hierfür die Übertragung oder die Überlassung der Ausübung des Erbbaurechts ist. Als selbstverständliche Voraussetzung für die Belastung eines Erbbaurechts mit einem Erbbaurecht gilt, daß das Bauwerk bereits errichtet ist und im Eigentum des Erbbauberechtigten steht, also einen Bestandteil des Erbbaurechts bildet, so daß es sich nicht mehr nur um das abstrakte Recht handelt; denn das bloße Recht, ein Bauwerk auf fremdem Boden zu haben, kann man natürlich ebensowenig mit einem Erbbaurecht wie mit einer

[1]) § 33 Abs. 1.
[2]) S. 442 a. a. O.

Grund- oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeit belasten. Geradeso wie aber bei den Belastungen der letzteren Art den eigentlichen Gegenstand der Belastung das Bauwerk bildet, so verhält es sich auch bei der Belastung mit einem Erbbaurecht: Diese stellt sich tatsächlich dann dar als das vererbliche und veräußerliche Recht, auf einem Bauwerk ein Bauwerk zu haben; ist das belastete Bauwerk wesentlicher Bestandteil eines Erbbaurechts, so ist eben eine Belastung des Erbbaurechts mit einem neuen Erbbaurecht gegeben.[1])

4. Die Belastung des Erbbaurechts mit einer Reallast sowie gemäß § 1010 B.G.B. bedarf keiner näheren Erörterung.

5. Belastung mit einer Hypothek.[2]) Die hypothekarische Belastung des Erbbaurechts ist von weittragendster Bedeutung für das ganze Rechtsinstitut, denn hiervon hängt zum größten Teile, ja geradezu in entscheidender Weise, seine Verwertbarkeit in der Praxis, seine Lebensfähigkeit ab. Ob das Erbbaurecht mit einem Pfandrecht belastet werden kann, hält Planck[3]) für nicht unzweifelhaft. Gegenstand des Pfandrechts sind aber nur bewegliche Sachen und Rechte, nicht Liegenschaften, und wenn nun auch das Erbbaurecht an sich ein Recht ist, so folgt doch aus der ihm vom Gesetze verliehenen Grundstücksnatur, daß immer die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften anzuwenden sind, wenn es sich um das Erbbaurecht in seiner Eigenschaft als selbständiges Recht handelt, und nur dann nicht, wenn das Erbbaurecht in seinem Verhältnisse zum belasteten Grundstücke in Betracht kommt (vgl. oben III Ziff. 3): es dürfte

---

[1]) Dieser Ansicht Fuchs Anm. 4c zu § 1017; scheinbar auch Planck Anm. 2 zu § 1017; anderer Ansicht Kretzschmar (S. 442), der eine solche Belastung für unzulässig hält, weil die Einräumung eines solchen Rechtes seitens des Erbbauberechtigten die im Erbbaurecht enthaltenen Befugnisse überschreiten würde.

[2]) vgl. insbesondere Oertmann, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 20 Heft 2.

[3]) Anm. 2 zu § 1017.

daher kein Zweifel möglich sein, daß die Bestimmungen über die Hypothek (§§ 1113 ff. B.G.B.) maßgebend sind und eine Belastung mit einem Pfandrecht dadurch ausgeschlossen ist. Darüber, wie diese hypothekarische Belastung rechtlich zu konstruieren sei, kann man verschiedener Ansicht sein, jedenfalls steht aber fest, daß nicht das Grundstück als solches noch das Bauwerk, sondern die aus der Gesamtheit der Qualitäten des Grundstücks, als dem Erbbaurecht unterworfen, ausgeschiedenen und insoweit verselbständigten Qualitäten des Grundstücks — so nach der Konstruktion Oertmanns (a. a. O.), wovon oben unter III, 3 d ausführlich die Rede war —, „das Erbbaugrundstück", wie im Gegensatz zum „Eigentumsgrundstück" Klein[1]) diese Qualitäten bezeichnet, oder kurzweg das mit Grundstückscharakter ausgestattete Erbbaurecht als solches den Gegenstand der hypothekarischen Belastung bildet. Hinsichtlich der verschiedenen Konstruktionsmöglichkeiten gilt das gleiche wie das oben (zu III, 3 d) Erörterte, es wird deshalb hierauf Bezug genommen. Dort ist insbesondere auch die Auffassung vertreten und gerechtfertigt, daß dem Erbbaurecht die Fähigkeit, sowohl Bestandteile, und zwar wesentliche Bestandteile, als auch Zubehör wie ein reales Grundstück zu besitzen, zuzusprechen sei, und dies ist deshalb für die hypothekarische Belastung des Erbbaurechts von ausschlaggebender Bedeutung, weil sich hienach die Frage beantwortet, ob und inwieweit das Bauwerk der Hypothek am Erbbaurecht unterworfen ist.

Eine einheitliche Beantwortung dieser Frage ist nicht möglich, vielmehr müssen im Gegensatze zum holländischen Rechte, welches allgemein annimmt, daß die Hypothek nur das Erbbaurecht und nicht auch das Bauwerk erfaßt,[2]) für unser Recht zwei Hauptfälle unterschieden werden:

a) Der Erbbauberechtigte hat das Bauwerk nicht selbst errichtet, dann sind wiederum zwei Möglichkeiten denkbar:

[1]) a. a. O. Anm. 29 S. 32.

[2]) vgl. Opzoomer a. a. O. Bd. 3 S. 467 f.

α) Der Grundstückseigentümer hat vor Einräumung oder auch während des Bestehens des Erbbaurechts dasselbe errichtet; dann ist das Bauwerk, da § 95 B.G.B. nicht zutrifft, gemäß § 94 wesentlicher Bestandteil des Grundstücks und kann als solcher nach § 93 nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. Es steht dann natürlich im Eigentume des Grundstückseigentümers und teilt das rechtliche Schicksal des belasteten Grundstücks, nie aber das des Erbbaurechts. Diese durch §§ 93 und 94 geschaffene Rechtslage ist eine zwingende und kann nicht durch Parteivereinbarung abgeändert werden. Im einzelnen hierüber sowie über die abweichende Ansicht von Fuchs, welcher bestreitet, daß das Bauwerk im Falle der Belastung des Grundstückes mit einem Erbbaurecht auch im Eigentume des Grundstückseigentümers stehen könne, wird auf das oben (III, 4 C) Ausgeführte verwiesen.

β) Das Bauwerk wurde vor der Bestellung des Erbbaurechts von einem Dritten, an dem mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücke dinglich Berechtigten gemäß § 95 Abs. 1 Satz 2 in Ausübung dieses seines Rechtes errichtet, z. B. von einem Nießbraucher oder einem früheren Erbbauberechtigten; auch beim Erlöschen solcher dinglichen Rechte gehen die betreffenden Bauwerke jedenfalls nicht ohne weiteres in das Eigentum des Grundstückseigentümers über, wie wir im folgenden Abschnitte sehen werden. Handelt es sich nun für den Erbbauberechtigten um das Haben eines solchen, noch im Eigentume eines Dritten früher oder möglicherweise auch jetzt noch dinglich Berechtigten stehenden Bauwerkes auf dem fremden Grundstücke, so wird rechtlich das Bauwerk wohl als Zubehör des Erbbaurechts zu betrachten sein. Da dieses aber nicht in das Eigentum des Erbbauberechtigten gelangt ist, so erstreckt sich auch die Hypothek am Erbbaurecht gemäß §§ 1120 und 1017 B.G.B. nicht darauf.

Diese beiden bisher berücksichtigten Fälle werden wohl keine große Rolle in der Praxis spielen, allein daß sie vorkommen können, zeigt, wie Oertmann[1]) hervorhebt, die

[1]) Archiv für bürgerl. Recht a. a. O. S. 186.

naheliegende Möglichkeit, „daß ein früheres Erbbaurecht erloschen ist und der Grundeigentümer das vom bisher Berechtigten errichtete Bauwerk käuflich oder schenkweise übernommen hat und nun ein neues Erbbaurecht zugunsten eines Dritten bestellt. Nicht selten wird sich der Eigentumsübergang an den Grundeigentümer auch auf Grund einer vom früheren Erbbauberechtigten übernommenen Übertragungsverpflichtung vollziehen". In diesen beiden Fällen braucht aber auch das Bauwerk mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Bestimmung des Erbbaurechts gar nicht der Hypothek zu unterliegen, denn in der Praxis wird diese wohl regelmäßig zur Herstellung, bezw. Fertigstellung der betreffenden Baulichkeiten aufgenommen werden, was hier nicht in Betracht kommt.

b) Der zweite und in der Praxis wohl weitaus häufigere Fall ist der, daß der Erbbauberechtigte das Bauwerk selbst in Ausübung seines Rechtes errichtet hat. Würde auch in diesem Falle die Hypothek am Erbbaurecht sich nicht auf das Bauwerk erstrecken, so wäre damit die Hauptkreditquelle für den Berechtigten verschlossen und so über die tatsächliche Verwertbarkeit des Rechtsgebildes im Leben entschieden. Klein (a. a. O. S. 32 Anm. 29) meint, daß es sich hier um eine unüberbrückbare Lücke im Gesetze handle, und daß man mangels einer hierauf bezüglichen ausdrücklichen Gesetzesbestimmung nicht zu einem praktisch befriedigenden Resultate gelangen könne. Nach dem oben Vorausgeschickten findet sich jedoch ein recht wohl gangbarer Weg: denn nach unserer Anschauung bildet das vom Erbbauberechtigten errichtete Bauwerk einen wesentlichen Bestandteil des Erbbaurechts und wird als solcher von jeder Verfügung über das Erbbaurecht, also auch von jeder Belastung desselben ergriffen, so daß sich die Hypothek am Erbbaurecht *ipso jure* auch auf das Bauwerk erstreckt.

Der Umfang der Hypothek erweitert sich in den Fällen, daß eine Vereinigung oder Zuschreibung gemäß § 890 B.G.B. oder eine Verbindung von subjektiv-dinglichen Rechten mit dem Erbbaurechte vorliegt, denn es sind dann die ganze Rechts-

erbbt bezw. die nach § 96 BGB als Bestandteile des Rechts geltenden Rechte der Belastung unterworfen. Das Zubehör des vom Erbbauberechtigten errichteten Bauwerkes ist natürlich als Zubehör des Erbbaurechts anzusehen, so daß auch dieses mit Ausnahme der Gegenstände, die nicht in das Eigentum des Erbbauberechtigten gelangt sind, die Hypothek am Erbbaurechte umfaßt (§ 1120).

Die Existenz des Erbbaurechts und des vom Berechtigten errichteten Bauwerkes ist aber keine notwendig gleichdauernde. Vielmehr wird in der Regel das Erlöschen des Rechtes und der Untergang des Bauwerkes nicht zusammenfallen. Selbstverständlich ist, daß, falls durch einen Brand das Bauwerk zerstört wird, auch die Feuerversicherungssumme dem Hypothekengläubiger für seine Forderung haftet. Wie aber, wenn mit Beendigung des Rechts das Bauwerk noch besteht? Nur das Recht des Erbbauberechtigten, das Bauwerk auf fremdem Grundstücke zu haben, erlischt, nicht aber sein Eigentum am Bauwerke (vgl. folg. Abschnitt). Mit dem Wegfalle des Erbbaurechts verwandelte allerdings die Hauptsache, deren Bestandteil das Bauwerk bildete, letzteres ist daher nun eine selbständige Sache geworden, ob eine bewegliche, mag an dieser Stelle unerörtert bleiben. Denn jedenfalls ist auf Grund des § 1017 BGB die analoge Anwendung des § 1121 BGB geboten, wonach sich die Hypothek auf die vom Grundstücke, hier Erbbaurecht, getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile erstreckt, soweit sie nicht mit der Trennung nach den §§ 954 bis 957 in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers des Grundstückes, nun also des Erbbauberechtigten, gelangt sind. Demnach bleibt auch nach dem Wegfalle des Erbbaurechts die hypothekarische Haftung am Bauwerke bestehen, und wird der Erbbauberechtigte vom Eigentümer des Grundstücks zur Wegnahme, d. h. zum Abbruche des Bauwerkes gezwungen (vgl. folg. Abschnitt), so unterliegt das mobilisierte Baumaterial der Hypothek. Allein in der Praxis werden sich im allgemeinen die Verhältnisse wohl nur selten in der geschilderten Weise gestalten, vielmehr

wird in der Regel der Bestellungsvertrag über das Schicksal des Bauwerkes bei Erlöschen des Erbbaurechts Vereinbarungen enthalten. Es stehen hier zwei Möglichkeiten offen: entweder wird festgesetzt, daß das vom Berechtigten errichtete Bauwerk in das Eigentum des Grundstückseigentümers übergeht, ohne daß ein besonderes Entgelt hierfür von letzterem an den ersteren geleistet wird (es wird dies dann wohl bei der Normierung der Höhe des Erbbauzinses berücksichtigt werden), oder daß der Erbbauberechtigte ein Entgelt für die Überlassung des Bauwerkes erhält, und zwar selbstverständlich nach einem zu vereinbarenden Abschätzungsmodus.[1]) Im ersten Falle, der aber aus wirtschaftlichen Gründen sich nicht einbürgern dürfte, hört natürlich zugleich mit dem Erbbaurechte auch die Haftung des Bauwerkes auf, allein dies kann für die Hypothekengläubiger keine Überraschung bedeuten, da sie hiervon aus dem Grundbuche unterrichtet sein müssen. Anders liegt die Sache bei der zweiten Eventualität: durch sie wird die Aufrechterhaltung der dem Hypothekengläubiger durch das Bauwerk gebotenen Sicherheit ermöglicht, indem beim Wegfall des Erbbaurechts ihm an Stelle der Substanz, „was von ganz besonderer, ja sogar ungleich wertvollerer Bedeutung, wie bei der gewöhnlichen Eigentumshypothek, auch der von dem Grundstückseigentümer an den Erbbauberechtigten herauszuzahlende Abschätzungswert auf alle Fälle als Sicherheit verbleibt, zumal durchaus nichts im Wege steht, daß auch dieses letztere Recht absolut sichergestellt wird.[2])

Eine Untersuchung darüber, wer wirtschaftlich als Kreditgeber für das Erbbaurecht in Betracht kommt, fällt nicht in den Rahmen gegenwärtiger, sich nur auf die juristische Seite des Erbbaurechts beziehenden Abhandlung, es möge lediglich erwähnt sein, daß es nach der herrschenden Ansicht[3]) nur ganz ausnahmsweise Privatpersonen, in der Regel Staat, Gemeinde,

[1]) vgl. hierüber Eschenbach, Die finanzielle Frage des Erbbaurechts, Soziale Streitfragen S. 36ff.

[2]) vgl. Eschenbach a. a. O. S. 37.

[3]) vgl. insbesondere Zentralstelle S. 124, 161, 167; Grünberg 62.

Verbände des öffentlichen Rechts, gemeinnützige Gesellschaften, Stiftungen aller Art sowie Banken sein werden. Wohl aber ist die Frage, was für eine rechtliche Form sich in der Praxis für die das Erbbaurecht belastende Hypothek empfiehlt, zu erörtern. Denn wenn auch dem Hypothekengläubiger außer dem Werte des Erbbaurechtes an sich die mit diesem eventuell verbundenen sonstigen Rechte, insbesondere aber auch das Bauwerk bezw. dessen Abbruchs- oder Einlösungswert sowie im Falle eines eingetretenen Brandschadens die Feuerversicherungssumme haftet, so wird seine Sicherheit trotz einer eventuellen Versicherung der Hypothek, wie sie von Eschenbach (a. a. O. S. 39) angeregt wird, doch umso geringer, je mehr das Erbbaurecht seiner Beendigung entgegengeht, da ja das Sinken des Wertes des mitverpfändeten Rechtes hiermit gleichen Schritt hält. Der Geldgeber wird daher in der Regel nur unter der Voraussetzung Kredit gewähren, daß die Hypothek spätestens beim Erlöschen des Rechtes amortisiert ist. Handelt es sich um Privatpersonen als Geldgeber, so wird diesen im allgemeinen die Form der Amortisationshypothek nicht willkommen erscheinen und ihnen steht dann die Möglichkeit offen, sich die Rückzahlung der Hypothek in je nach der Dauer des Erbbaurechts festzusetzenden mehrjährigen Raten auszubedingen. Für die großen öffentlichen Organisationen aber, die vermutlich, wie hervorgehoben, fast ausschließlich als Kreditgeber auftreten werden, bildet die Amortisationshypothek nichts Ungewöhnliches, ja es wurde gerade in der zwangsweisen Tendenz zur Amortisation ein besonderer Vorzug des Erbbaurechts erblickt.[1]) Da nun mit der Möglichkeit zu rechnen ist, daß das Erbbauunternehmen während der Dauer des Erbbaurechts infolge von Brand, Unglücksfällen oder wirtschaftlichen Krisen längere Zeit mit Schwierigkeiten zu kämpfen hat und infolge davon der Erbbauberechtigte ein oder mehrere Jahre mit der Amortisationsquote in Rückstand bleibt, so wird es wohl zweckmäßig sein, wenn sogenannte

[1]) vgl. Zentralstelle S. 167.

Freijahre vorhanden sind,[1]) d. h. wenn die Amortisation der Hypotheken so geregelt wird, daß sie in einer nach ihrer Höhe verschieden zu bemessenden Reihe von Jahren vor dem Erlöschen des Erbbaurechts zurückgezahlt sind; zur Tilgung der etwa ausgebliebenen Amortisationsquoten können dann die letzten an sich freien Jahre benutzt werden. Diese Regelung wird sich vor allem dann empfehlen, wenn sich — wovon oben schon gesprochen wurde — der Grundstückseigentümer etwa eine lastenfreie Rückübertragung des Erbbaurechts ausbedungen hat, und dieser Anspruch durch Eintragung einer Vormerkung gesichert ist, so daß ihm gegenüber die etwa bei der Rückübertragung noch auf dem Erbbaurecht lastenden Hypotheken unwirksam sind.

Was die Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechts auf Grund hypothekarischer Belastung anlangt, so ist dies natürlich in erster Linie eine wirtschaftliche Frage, doch dürften auch einige Bemerkungen vom rechtlichen Standpunkte aus hiezu angebracht erscheinen. Ein Erlaß des preußischen Justizministeriums[1]) über die Zulässigkeit der Beleihung von Erbbaurechten mit Mündelgeld gelangt zu dem Ergebnisse, daß die Zulässigkeit zu bejahen sei mit dem gleichzeitigen Hinweis darauf, daß für die dem Vormunde obliegende selbständige Prüfung der Sicherheit der Hypothek an einem Erbbaurecht es in erster Linie auf den Inhalt des Bestellungsvertrags, insbesondere auf die darin getroffenen Vereinbarungen über den Umfang und die Dauer des Rechtes, ankommen werde. Hierbei erscheint, wie Kretzschmar (a. a. O. S. 447) mit Recht hervorhebt, die Bedeutung nicht berücksichtigt, die dem Umstande zukommt, daß das Erbbaurecht infolge seiner Eigenschaft als Grundstücksbelastung auch durch eine Zwangsversteigerung des Oberflächengrundstückes zum Erlöschen kommen kann. Infolge hievon ist als Grundfrage für die Beleihbarkeit eines Erbbaurechts die nach dem Range zu betrachten, mit welchem das Recht auf dem Grundstücke eingetragen ist.

[1]) s. Nr. 2 des preuß. Justizmin.-Bl. 1902.

Denn geht dem Erbbaurecht ein Recht im Range vor und ist das Recht ein solches, daß aus ihm die Zwangsversteigerung des Grundstücks betrieben werden kann, so bringt die Beleihung des Erbbaurechtes die größten Gefahren mit sich.[1] Das Erbbaurecht wird sich deshalb nur dann zu einer hypothekarischen Beleihung eignen, wenn es entweder an erster Stelle auf dem Grundstücke eingetragen ist, oder ihm vorgehende Reallasten, etwa wegen des Zinsrechtes, oder Sicherungshypotheken wegen Konventionalstrafen und ähnliche Rechte sich innerhalb einer Höhe bewegen, daß sie bei einer event. Zwangsversteigerung des Grundstückes die Sicherheit des Hypothekengläubigers des Erbbaurechts nicht zu beeinträchtigen vermögen. Erst in zweiter Linie wird sich die Beleihungsfähigkeit dann nach dem Inhalte des konkreten Bestellungsvertrages richten, insbesondere natürlich nach der Dauer, auf welche das Recht eingeräumt ist: in der Regel wird daher für ein resolutiv bedingtes oder ein auf un-

[1] Kretzschmar a. a. O. S. 448 veranschaulicht dies durch folgendes Beispiel: Gesetzt, A erhält an dem Grundstück M hinter einer Hypothek von 20000 Mark ein Erbbaurecht auf die Dauer von 90 Jahren bestellt und errichtet auf dem Baugrund ein Wohngebäude im Werte von 100000 Mark. Bietet dieses Erbbaurecht genügende Sicherheit für eine in 50 Jahren zu amortisierende erste Hypothek von 50000 Mark? Bei näherem Zusehen nicht. Wird aus der Hypothek von 20000 Mark die Zwangsversteigerung des Grundstückes betrieben, so kommt, wenn nicht eine abweichende Festsetzung der Versteigerungsbedingungen zu erreichen ist, das Erbbaurecht durch den Zuschlag zum Erlöschen, und dem Erbbauberechtigten verbleibt, wenn nicht etwa gar der Anheimfall des Gebäudes an den Eigentümer vereinbart ist, lediglich das aus dem Gebäude zu gewinnende Abbruchsmaterial bezw. der Ablösungswert. An die Stelle des Rechtes tritt der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse. Für die Festsetzung dieses Wertes kommt aber nur die Befugnis zur Benutzung des Grundstücks als Baugrund und nicht das errichtete Gebäude in Betracht; der Wert kann also hier keinesfalls höher sein als der des Baugrundes selbst. Beträgt dieser Wert 20000 Mark, so kann auch auf das Erbbaurecht nicht mehr als 20000 Mark entfallen, und diese 20000 Mark gelangen erst nach Deckung der Hypothek von 20000 Mark zur Hebung.

bestimmte Zeit bestelltes, stets kündbares Recht der Kredit unterbunden sein.

Schließlich sei noch der Kontroverse Erwähnung getan, die darüber herrscht, ob die Beleihung von Erbbaurechten mit Mündelgeld als zulässig zu erachten sei. Schröder[1]) verneint apodiktisch diese Frage, und Wittmaack[2]) führt allerdings in einer äußerst scharfen Polemik gegen den oben zit. Artikel im preuß. Just.-Min.-Blatte aus, daß Erbbaurechte und andere Gerechtigkeiten, die ein Grundbuchblatt erhalten, nicht mit Mündelgeld beliehen werden dürften. Von einer Beantwortung der Frage in dieser allgemeinen Weise wird aber wohl abgesehen werden müssen, und in Übereinstimmung mit dem erwähnten Artikel im preuß. Just.-Min.-Blatte, mit Sohm[3]) und mit André[4]) anzunehmen sein, daß die Hypothek, soferne sie sich innerhalb sicherer Grenzen hält, als mündelmäßig anzusehen sei. Wann diese Voraussetzung erfüllt ist, ist Frage des konkreten Falles, denn, wie dargelegt wurde, kann das Erbbaurecht allein und mit seinem Bauwerke eine durchaus sichere Unterlage für eine Hypothek von entsprechender Höhe bieten. Die Schätzung des wahren Wertes dieser Unterlagen beruht auf den gleichen schwankenden Voraussetzungen wie beim Eigentume.[5])

6. Die Belastungen in formeller Hinsicht und Einfluß des Erlöschens des Erbbaurechtes.

Da nach § 1014 B.G.B. die Belastung des Erbbaurechts sich nach den gleichen Vorschriften wie die Belastung eines Grundstückes zu vollziehen hat, so bedarf es in dieser Richtung keiner besonderen Ausführungen, es kommen die §§ 873, 874, 878 B.G.B. zur Anwendung. Daß im Falle der Belastung

[1]) Zentralstelle S. 170.

[2]) Archiv für civ. Praxis Bd. 93 S. 323—386.

[3]) Deutsche Volksstimme 1901 S. 547—550: Mündelsicherheit und Erbbaurecht.

[4]) Zentralstelle S. 124.

[5]) Dies stellt Stein (Zentralstelle S. 138 Z. 3) fest.

ein besonderes Blatt für das Erbbaurecht anzulegen ist, wurde bereits oben erwähnt (IV. A. Ziff. 3), ebenso wurde an jener Stelle das Verhältnis dieses besonderen Blattes zum Blatte des belasteten Grundstücks sowie der Umfang seiner Abhängigkeit hiervon besprochen.

Das Rangverhältnis der verschiedenen am Grundstück bestehenden Rechte richtet sich nach dem Zeitpunkte ihrer Eintragung im Grundbuche. Der Erbbauberechtigte hat daher von nacheingetragenen Grundstückshypotheken nichts zu befürchten; wenn dagegen die voreingetragenen Grundstückshypothekare zur Zwangsversteigerung schreiten, so erlischt dadurch das Erbbaurecht, und eine selbstverständliche Wirkung hiervon ist dann der Untergang der auf dem Erbbaurecht ruhenden Belastungen. Zur Aufhebung des Erbbaurechts ist allerdings die Zustimmung dessen erforderlich, mit dessen Rechte das Erbbaurecht belastet ist (§ 876 B.G.B.) Dadurch, daß der Erbbauberechtigte das Eigentum am Grundstück oder der Eigentümer das Erbbaurecht erwirbt, erleiden die Belastungen des Erbbaurechts keine Veränderung, weder eine Schmälerung noch eine Stärkung, es haftet nach wie vor nur das Erbbaurecht mit seinen Bestandteilen und Zubehör, nicht das Grundstück.

Zweifelhaft ist, was im Falle des Erlöschens der am Erbbaurecht bestellten begrenzten Rechte durch Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks mit dem Betrage zu geschehen hat, der aus dem Versteigerungserlöse auf das Erbbaurecht entfällt. Jedenfalls ist klar, daß eine Aushändigung dieses Betrages an den Erbbauberechtigten nicht erfolgen darf, weil er dadurch der Haftung für die erloschenen Belastungen, die am Erbbaurechte bestanden, entzogen würde: zunächst wird also eine Hinterlegung dieses Betrages für den Erbbauberechtigten und die früher am Erbbaurechte dinglich Berechtigten stattzufinden haben. Wird eine Einigung der Beteiligten über die Verteilung des hinterlegten Wertersatzes nicht erzielt, so sind sie mangels einer Sondervorschrift auf den Austrag der Sache im Prozeßwege angewiesen. Da diese

Verteilung nicht in das Verteilungsverfahren, welches aus Anlaß der Zwangsversteigerung des Grundstücks stattzufinden hat, gehört, vielmehr der hier aufzustellende Plan sich auf die Zuteilung des auf das Erbbaurecht entfallenden Betrages an den Erbbauberechtigten beschränkt, so ist dem Vorschlage Kretzschmars (a. a. O. S. 448) vollauf zuzustimmen, welcher dahin geht, die für die Enteignung getroffenen Vorschriften im E. G. z. B.G.B. Art. 53 Abs. 1 entsprechend anzuwenden und auf Antrag eines Beteiligten die Eröffnung eines Verteilungsverfahrens nach den für die Verteilung des Erlöses im Falle der Zwangsversteigerung geltenden Vorschriften zuzulassen.

Siebenter Abschnitt.

I. Beendigungsgründe.

Da nach § 902 B.G.B. eine Verjährung eingetragener Rechte nicht mehr eintreten kann, so kommen die im gemeinen Rechte und in einzelnen Partikularrechten gültig gewesenen Erlöschungsgründe durch Nichtgebrauch und Ersitzung der Freiheit nicht mehr in Betracht. Ferner ist die in der gemeinrechtlichen Doktrin bestrittene Frage, ob dreijähriger Rückstand mit dem *solarium* Verwirkung der *superficies* nach sich ziehe, bedeutungslos geworden, da ja für das Erbbaurecht des B.G.B. die Entrichtung eines Zinses überhaupt nicht wesentlich ist. Endlich besteht auch der in der gemeinrechtlichen Doktrin behauptete Erlöschungsgrund des unbeerbten Ablebens des Superfiziars nicht mehr, da kein Grund vorliegt, im Falle der Sukzession des Fiskus gemäß § 1936 B.G.B. das Erbbaurecht das Schicksal aller anderen Nachlaßgegenstände nicht teilen zu lassen (vgl. Mot. III S. 469 Z. 12).

Für das geltende Recht kommen daher folgende Beendigungsgründe in Betracht.

a) Rechtsgeschäftliche Aufhebung.

Der obligatorische Vertrag, durch den sich der Erbbauberechtigte zur Aufhebung des Erbbaurechtes verpflichtet, ist im Gegensatze zu dem zur Bestellung verpflichtenden Vertrage formfrei.

Der 1. Entw. hatte für das Aufgeben nicht nur des Eigentums, sondern auch jedes anderen (begrenzten) Rechtes an einem Grundstücke eine besondere Vorschrift: für das Auf-

geben des Erbbaurechtes im § 965. Abgesehen von der Dereliktion des Eigentums war als eine den übrigen Rechten gemeinsame Voraussetzung der Aufhebung im Hinblicke auf die Vorteile, welche mit einer steten Richtig- und Vollständighaltung des Grundbuches verbunden sind, die Löschung des Rechtes im Grundbuche aufgestellt. Weiteres Erfordernis war für alle Rechte, mit Ausnahme der Hypotheken und Grundschulden, die einseitige Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, welche beim Erbbaurecht mit Rücksicht auf dessen Grundstücksqualität vor dem Grundbuchamte abgegeben werden sollte. Der Eigentümer, dessen Recht entlastet wird, sollte dem Rechtsgeschäfte fernbleiben. Im § 834 war die allgemeine Bestimmung enthalten, daß die später gestrichenen Vorschriften der §§ 829, 830, 832, 833 und die im § 878 B.G.B. beibehaltene Vorschrift des § 831 des 1. Entw. entsprechende Anwendung auf jene vor dem Grundbuchamte abzugebende einseitige Verzichtserklärung fänden und daß diese Erklärung unwiderruflich sei (vgl. Mot. III S. 461 ff.).

Bei der zweiten Lesung wurde zunächst zur Vereinfachung der Fassung beschlossen, die im 1. Entw. in den §§ 960, 977, 1015, 1048, 1061 für die einzelnen Rechte an Grundstücken getroffenen Vorschriften über deren rechtsgeschäftliche Aufhebung in eine allgemeine Bestimmung zusammenzufassen. Das Erbbaurecht wurde zwar auch dieser Bestimmung unterworfen, aber zunächst wurde dessen Besonderheit, daß die Aufhebungserklärung vor dem Grundbuchamte abgegeben werden müsse, beibehalten. Dadurch, daß man den § 926 des 2. Entw., der dies vorschrieb, später gestrichen hat, ist das Erbbaurecht seiner Besonderheit entkleidet; mit dem 1. Entw. wurde zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung der einseitige Verzicht des Berechtigten (mit hinzutretender Löschung) für genügend erachtet, dagegen wurde dem 1. Entw. darin nicht beigetreten, daß er als ausschließliche Form des Verzichtes die Erklärung vor dem Grundbuchamte vorschrieb (Prot. III S. 69 ff. III; Bd. 6 S. 232 f. V).

Die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Erbbaurechts erfolgt also jetzt in Ermangelung einer Sondervorschrift wie die Aufhebung einer jeden anderen Belastung des Grundstücks gemäß den §§ 875, 876, 878 B.G.B.: demnach ist die Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, und die Löschung des Rechtes im Grundbuche erforderlich und genügend, einer Einigung der Beteiligten über die Aufhebung bedarf es nicht. Über die Löschung wird unter Ziff. 2 näher gesprochen werden. Dadurch, daß der Berechtigte das Erbbaurecht aufgibt, tritt natürlich nicht etwa, wie beim Eigentume im Falle des § 928 B.G.B., Herrenlosigkeit des Rechts ein, sondern das Recht erlischt, das Grundstück wird frei. Es ist also jemand vorhanden, der an der Aufgabe des Rechtes ein Interesse hat. Daraus folgt, daß die Aufgabeerklärung des Erbbauberechtigten nicht nur, wie im Falle des § 928 B.G.B., gegenüber dem Grundbuchamte, sondern auch gegenüber dem Eigentümer, zu dessen Gunsten sie gereicht, abgegeben werden kann (§ 875 Abs. 1 Satz 2). Ist das Erbbaurecht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so muß die Zustimmung dieses Dritten hinzukommen: sie ist gleichfalls dem Grundbuchamte oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt, und ist unwiderruflich (§ 876). Erst wenn auch diese Zustimmung erteilt und die Löschung im Grundbuch vollzogen ist, ist das Erbbaurecht erloschen. Die Verzichtserklärung des Erbbauberechtigten wird vor der Löschung erst dadurch unwiderruflich, daß sie für den Verzichtenden bindend wird. Dazu fordert Abs. 2 des § 875, daß sie dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben, oder daß demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine dem § 29 G.B.O. entsprechende Löschungsbewilligung ausgehändigt wird, wodurch dieser in den Stand kommt, die Löschung ohne Mitwirkung des Verzichtenden herbeizuführen. Wird der Verzicht nach erfolgter Löschung erklärt, dann ist er sofort unwiderruflich. Tritt zu der Gebundenheit des Verzichtenden noch der Antrag auf Löschung beim Grundbuchamte, so wird die Verzichtserklärung nicht dadurch unwirksam, daß der Ver-

zichtende in der Verfügung beschränkt wird (§ 878 B.G.B.). Die Verzichtserklärung wird durch die rechtskräftige Verurteilung des Verpflichteten zu ihrer Abgabe nach §§ 894, 895 C.P.O. ersetzt. Was endlich noch die Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung des Erbbaurechtes betrifft, so wird diese durch Eintragung einer Vormerkung gemäß §§ 883 ff. erreicht.

Eine Aufhebung nach Bruchteilen erscheint, wie die Motive auch ausdrücklich hervorheben (III S. 470 Z. 3), ebenso wie eine solche Begründung als ausgeschlossen. Steht daher das Erbbaurecht einer Mehrheit von Personen nach Bruchteilen zu, so ist zum Erlöschen des Rechtes der Verzicht der sämtlichen Berechtigten erforderlich.[1]) Wie aber, wenn ein einzelner Berechtigter auf seinen Anteil am Rechte verzichten will? Kann er dies mit Rechtswirksamkeit? Ein Anwachsungsrecht findet infolge eines solchen Verzichtes nicht statt, ein nur teilweises Erlöschen des Rechts ist nicht möglich, also bleibt nur die Annahme übrig, daß ein wirksamer Verzicht nur im Wege einer Verfügung über das Recht im ganzen zulässig ist und daher von den sämtlichen Berechtigten erklärt werden muß. Für den einzelnen Berechtigten, der sich seines Anteiles am Erbbaurechte entledigen will, ergibt sich sonach als einziger Ausweg, die Zwangsversteigerung des Rechts behufs Aufhebung der Gemeinschaft zu betreiben, aber diese kann leicht, wenn das Recht geringwertig oder stark belastet ist, erfolglos verlaufen. In diesem letzteren Falle wäre ihm der wirksame Verzicht auf seinen Anteil unmöglich gemacht; das gleiche Schicksal trifft aber auch den Erbbauberechtigten dann, wenn sein Recht belastet ist und die Realberechtigten der Aufhebung nicht zustimmen: unter diesen Umständen bewirkt weder der Verzicht des allein Berechtigten noch bei einer Rechtsgemeinschaft der der sämtlichen Beteiligten das Erlöschen des Rechtes. Die Berechtigten können dann gleichfalls ihr Recht nicht aufgeben und werden von den mit dem

[1]) So auch Maenner § 34 Anm. 2; Kretzschmar S. 445.

Rechte verbundenen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Lasten, wie Steuern und Reallasten, erst dadurch befreit, daß eine andere Person das Recht erwirbt. Große Nachteile können jedoch, wie Kretzschmar (a. a. O. S. 446) ausführt, hieraus für die Beteiligten kaum entstehen, denn ist das einer Mehrheit von Personen zustehende Recht unbelastet, aber so wertlos, daß seine Erträgnisse die Unterhaltungskosten nicht decken, so wird sich kein Teilhaber der Gemeinschaft der Erklärung des Verzichtes entziehen, und ist das Recht belastet, so wird die Nichtabführung der Hypothekenzinsen und so weiter sehr bald dazu führen, daß die Realberechtigten die Zwangsversteigerung betreiben.

Ist ein Erbbaurecht gemäß §§ 890 und 1017 B.G.B. zum Bestandteile eines Grundstückes gemacht und ist dieses Grundstück mit dem Rechte eines Dritten belastet, so besteht eine mittelbare Belastung des Erbbaurechtes, denn die Belastungen des Grundstückes erstrecken sich auf das Erbbaurecht als Bestandteil, und es ist daher in diesem Falle zur Aufhebung des Erbbaurechtes die Zustimmung des Dritten erforderlich, zu dessen Gunsten die Belastung des Grundstückes besteht, es sei denn, daß dessen Recht durch die Aufhebung nicht berührt wird (§ 876 B.G.B.).

Da die Vorschriften über den Verlust des Eigentums nicht für entsprechend anwendbar auf das Erbbaurecht erklärt sind, so findet eine Dereliktion gemäß § 928 B.G.B. nicht statt, vielmehr tritt, wie ausgeführt, durch den Verzicht Konsolidation ein, und von einem Aneignungsrechte des Fiskus kann daher nicht die Rede sein (vgl. auch Mot. III S. 474).

b) Eintritt der Bedingung bezw. des Endtermines.

Ist die Bestellung des Erbbaurechts unter einer auflösenden Bedingung oder unter Festsetzung eines Endtermines erfolgt, so erlischt dasselbe durch Eintritt dieser Bedingung bezw. des Endtermines (§§ 158 Abs. 2, 163 B.G.B.).

c) Anspruchsverjährung gemäß § 901 B.G.B.

Ist das Erbbaurecht im Grundbuche mit Unrecht gelöscht, so erlischt es, wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer verjährt ist. Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs, d. h. mit der Entstehung eines Zustandes, welcher der im Erbbaurechte liegenden Herrschaft über das Grundstück nicht entspricht. Tritt Verjährung des Anspruchs ein, so läßt sich das dingliche Recht, das von der Verjährung selbst nicht berührt wird, nicht mehr gegen den Eigentümer geltend machen, weil dem Anspruche die Einrede der Verjährung entgegensteht. Gemäß § 901 B.G.B. erlischt es daher mit der Verjährung des Anspruchs.[1])

d) Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück.

Im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstückes ist ein Erbbaurecht, welches dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgeht (§ 44 Zwangsversteigerungsgesetz vom 24. 3. 1897), bei Feststellung des geringsten Gebotes nach Maßgabe des § 45 l. c. zu berücksichtigen: also insoweit, als es zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerkes aus dem Grundbuche ersichtlich war, nach dem Inhalte des Grundbuchs, im übrigen nur dann, wenn es rechtzeitig angemeldet und, falls der Gläubiger widerspricht, glaubhaft gemacht wird. Soweit das Erbbaurecht bei Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigt ist, oder sein Fortbestehen als Versteigerungsbedingung gesetzt oder zwischen dem Ersteher und dem Berechtigten vereinbart ist, bleibt es bestehen (§§ 52, 91 l. c.). Für eine derartige Vereinbarung erfordert das Gesetz, daß die Erklärungen entweder im Verteilungstermine abgegeben oder, bevor das Grundbuchamt um Berichtigung des Grundbuches ersucht ist, durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden; die Vereinbarung wirkt wie die Befriedigung des Berechtigten aus dem Grundstücke (§ 91 Abs. 2 und 3 l. c). Treffen aber

[1]) vgl. Maenner S. 62.

die genannten Voraussetzungen nicht zu, so erlischt das Erbbaurecht durch den Zuschlag des belasteten Grundstückes (§ 91 Abs. 1 l. c.). Das Recht erlischt mit dem Augenblicke des Zuschlags (R.G. E. Bd. 41 S. 329 f.) und tritt wieder in Kraft, wenn der Zuschlagsbeschluß im Beschwerdeverfahren rechtskräftig aufgehoben wird. Da es sich beim Erbbaurecht um ein Recht handelt, das nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet ist, so tritt im Falle des Erlöschens durch den Zuschlag nach § 92 Abs. 1 l. c. an die Stelle des Rechtes der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse, der nach Befriedigung der vorgehenden Berechtigten übrig bleibt. Da, auch wenn das Erbbaurecht seiner Ausübung nach auf einen bestimmten realen Teil des Grundstückes beschränkt ist, das Recht in seiner Eigenschaft als Belastung des Grundstückes das ganze Grundstück ergreift, so steht natürlich für den Ersatzanspruch des Berechtigten der Erlös für das ganze Grundstück zur Verfügung; hinsichtlich der Festsetzung des Wertes des Erbbaurechts wird auf Anm. 17 S. 146 verwiesen. Nach § 882 B.G.B. können die Beteiligten schon bei der Begründung des Erbbaurechts den Höchstbetrag dieses Ersatzes bestimmen; die Bestimmung bedarf der Eintragung in das Grundbuch. Ist dies geschehen, so darf der vereinbarte Höchstbetrag bei der Festsetzung des Ersatzes nicht überschritten werden (vgl. Denkschrift z. Zw.V.G. S. 93).

e) Zwangsenteignung des belasteten Grundstücks.

Die Regelung der Zwangsenteignung ist durch Art. 109 E.G. zum B.G.B. der Landesgesetzgebung vorbehalten, und gleichzeitig angeordnet, daß auf die nach landesgesetzlicher Vorschrift wegen eines solchen Eingriffs zu gewährende Entschädigung die Vorschriften der Art. 52, 53 dortselbst Anwendung finden, soweit nicht die Landesgesetze ein anderes bestimmen. Unbeschadet der ihm durch Landesgesetz gewährten Befugnisse kann daher der Erbbauberechtigte in diesem Falle eine Berücksichtigung gemäß § 1128 B.G.B.

verlangen. Erhebt er innerhalb der dort bestimmten Frist Widerspruch gegen die Zahlung der Entschädigung an den Eigentümer, so kann dieser und jeder Berechtigte die Eröffnung eines Verteilungsverfahrens nach den für die Verteilung des Erlöses im Falle der Zwangsversteigerung geltenden Vorschriften beantragen. Die Zahlung hat in diesem Falle an das für das Verteilungsverfahren zuständige Gericht zu erfolgen (vgl. Art. 53 Abs. 1 E.G. z. B.G.B.).

f) Zusammentreffen von Recht und Grundstückseigentum in einer Person.

Daß das Erbbaurecht nicht dadurch erlischt, daß der Eigentümer des Grundstückes das Recht oder der Berechtigte das Eigentum am Grundstück erwirbt, ergibt sich aus der allgemeinen Vorschrift des § 889 B.G.B.; nur wenn die Löschung im Grundbuche noch hinzutritt, erfolgt in diesem Falle die Beendigung.

2. Die Löschung.

Bei der zweiten Lesung gingen die Ansichten darüber auseinander, auf welchem Blatte die Löschung eingetragen werden müsse, wenn das Erbbaurecht ein besonderes Blatt habe. Ein Antrag, die materielle Wirkung der Aufhebung des Erbbaurechts von der Löschung auf dem besonderen Blatte abhängig zu machen, wurde von der Mehrheit mit der Begründung abgelehnt, daß es der Konsequenz entspreche, die Löschung nur auf dem Blatte des belasteten Grundstückes als Erfordernis der Aufhebung zu statuieren, da auch zur Entstehung des Rechtes die Eintragung auf dem belasteten Grundstücke gehöre; das besondere Grundbuchblatt werde für das Erbbaurecht nur zum Zwecke der Belastung und sonstigen Verfügungen angelegt; der öffentliche Glaube des Blattes erstreckt sich deshalb nicht auf die Tatsache der Existenz der Berechtigung, ebenso wie die Existenz einer Grunddienstbarkeit nicht durch den Vermerk auf dem Blatte des berechtigten Grundstückes dargetan werde. Wer ein Erbbaurecht

erwerben wolle, müsse sich durch Einsicht der Grundakten des belasteten Grundstücks davon überzeugen, ob das Erbbaurecht bestehe. Der Grundbuchordnung könne eine Ordnungsvorschrift des Inhaltes überlassen bleiben, daß nach Löschung des Erbbaurechts auf dem belasteten Grundstücke die Schließung des besonderen Blattes erfolgen müsse (vgl. Prot. III S. 285, 286).

Im Anschluß an diese zweifellos zutreffenden Ausführungen wird auch fast einstimmig angenommen, daß die Löschung auf dem Blatte des belasteten Grundstückes zu erfolgen hat, und daß diese Eintragung auch dann ausschließlich maßgebend bleibt, wenn ein besonderes Blatt für das Erbbaurecht angelegt ist; die Löschung auf diesem ist weder notwendig noch ausreichend. Auf dem besonderen Blatte kann vielmehr nur das erfolgte Erlöschen des Rechts vermerkt und in Verbindung damit das Blatt geschlossen werden; es wird dies wohl vom Grundbuchamte anzuordnen sein, auch wenn die G.B.O. eine hierauf bezügliche Ordnungsvorschrift, wie es von der zweiten Kommission (Prot. III, S. 286) angeregt wurde, vermissen läßt. Diesem Standpunkte pflichtet ausschließlich Fuchs (l. c. S. 271 Lit. C.) nicht bei, weil er ihn für unvereinbar mit § 3 Satz 2 G.B.O. hält: nach Anlegung eines besonderen Blattes für das Erbbaurecht sei dieses Blatt für das Recht das Grundbuch im Sinne des B.G.B. und deshalb könne nur die Löschung des Rechtes auf dem besonderen Blatte diejenige Eintragung sein, die das Recht zur Aufhebung bringe. Hiergegen ist einzuwenden, daß das besondere Blatt nach G.B.O. § 3 Satz 2, wie bereits oben unter IV, A. 3 des näheren ausgeführt und begründet wurde, ausschließlich für die Buchung von Veräußerungen und Belastungen des Rechts bestimmt sein kann, daß es sich nicht, wie Fuchs annimmt, als „die Fortsetzung des Eintrags auf dem belasteten Grundstück", sondern vielmehr nur als ein Anhang, als eine Ergänzung hierzu darstellt, deren öffentlicher Glaube sich auf die auf Veräußerung und Belastung des Rechts bezüglichen Einträge beschränkt, während die Existenz des Erbbaurechts

sich nach wie vor ausschließlich nach dem Blatte des belasteten Grundstücks beurteilt. Bei der Löschung des Erbbaurechts handelt es sich eben um eine Eintragung, welche das Verhältnis zwischen dem Rechte und dem damit belasteten Grundstücke betrifft, und solche Eintragungen gehören, wie auch Kretzschmar (l. c. S. 445, III) hervorhebt, auf das Blatt dieses Grundstückes und können nur hier eine Wirkung herbeiführen, weil das Erbbaurecht insoweit lediglich als eine Belastung des Grundstückes in Betracht kommt.

Während bei der rechtsgeschäftlichen Aufhebung des Erbbaurechts die Löschung notwendig ist zu seiner Beendigung, findet der Untergang des Rechts durch Eintritt einer auflösenden Bedingung, bezw. eines Endtermins, oder durch den Zuschlag des belasteten Grundstückes unabhängig von der Löschung statt: in diesen Fällen geschieht die Löschung nur zur Berichtigung des Grundbuchs.

3. Untergang des Bauwerkes.

Selbstverständlich ist, daß mit dem Untergang des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks notwendigerweise auch das Erbbaurecht erlischt; zweifelhaft könnte es dagegen sein, ob auch der Untergang des Bauwerkes das Erlöschen des Rechtes zur Folge hat. Im gemeinen Rechte war diese Frage sehr bestritten. Obwohl das Bürgerliche Gesetzbuch zur Regelung des Erbbaurechts grundsätzlich keine dispositiven Vorschriften aufstellt, glaubte der Gesetzgeber in diesem einen Punkte eine Ausnahme machen zu sollen mit der Rechtfertigung, daß nicht zu vermuten sei, daß der Bestand des Erbbaurechts von dem Eintritte eines zufälligen Umstandes habe abhängig gemacht werden sollen (Mot. III S. 473). § 1016 B.G.B. bestimmt daher, daß das Erbbaurecht durch den Untergang des Bauwerkes nicht erlischt. Diese Verschrift stellt sich im Grunde nur als eine Konsequenz der Begriffsbestimmung im § 1012 B.G.B. dar, da der gesetzliche Inhalt des Rechtes nicht auf die Benutzung eines bestimmten, bereits

bestehenden, sondern schlechthin auf das Haben eines Bauwerkes gerichtet ist. Soll der Untergang des Bauwerkes dieser Vorschrift zuwider das Erlöschen des Rechtes herbeiführen, so muß dies von den Beteiligten durch Beifügung einer auflösenden Bedingung festgesetzt und behufs Wirkung gegen gutgläubige Dritte im Grundbuche eingetragen werden. Die Beifügung einer auflösenden Bedingung solchen Inhaltes ist zulässig, weil dadurch an der Eigenschaft des Erbbaurechts als eines vererblichen und veräußerlichen Rechtes nichts geändert wird.

Mangels abweichender Vereinbarung ist also der Erbbauberechtigte, selbst wenn ihm das Eigentum an der baulichen Anlage nicht zusteht, zur Wiedererrichtung derselben auch nach deren gänzlichen Untergange befugt (vgl. Mot. III S. 473). Befand sich das untergegangene Bauwerk im Eigentum des Grundstückseigentümers, so besteht für ihn im Zweifel lediglich die Verpflichtung, dem Berechtigten das Haben eines Bauwerkes auf dem Grundstücke zu gestatten, nicht aber ist er etwa zur Wiederherstellung des bei Begründung des Rechtes vorhandenen, nun aber zerstörten Bauwerkes verpflichtet, ebensowenig wie ohne diesbezügliche besondere Abrede der Erbbauberechtigte zur Errichtung des Bauwerkes verbunden ist.

Wie das untergegangene Bauwerk, sobald es, sei es vom Grundstückseigentümer oder vom Erbbauberechtigten, wiederhergestellt ist, von selbst dem Erbbaurechte unterworfen wird, so erscheint es selbstverständlich (vgl. Mot. III S. 473), „daß bei Verfall des dem Eigentümer des Grundstückes gehörigen Gebäudes das mobilisierte Material dem fortbestehenden dinglichen Rechte des Superfiziars nicht entzogen wird". Wenn Dernburg (Anm. 8 S. 457 Sachenrecht) aus dieser Stelle als Auffassung der Motive entnimmt, daß das Material im Eigentume des Grundeigentümers stehe,[1]) wird ihm mit Recht von Turnau-Förster (a. a. O. Anm. 1

[1]) Offenbar rührt diese Folgerung Dernburgs nur daher, daß er bei der zitierten Stelle der Motive die Worte: „Dem Eigentümer des Grundstücks gehörigen" weggelassen und scheinbar übersehen hat.

zu § 1016) und Fuchs (a. a. O. Anm. 3 zu § 1016) entgegengetreten. Denn zweifellos ist die Rechtslage die, daß, wenn das Bauwerk im Eigentume des Grundstückseigentümers stand, auch die mobilisierten Baumaterialien diesem gehören (gemäß § 955 B.G.B.), daß sie aber natürlich Eigentum des Erbbauberechtigten sind (vgl. §§ 953 mit 95 Abs. 1 Satz 2), wenn ihm das Bauwerk gehörte. Der Erbbauberechtigte kann also auch die dem Grundstückseigentümer gehörenden mobilisierten Materialien, da sie ja seinem fortbestehenden Rechte nicht entzogen werden, zum Wiederaufbau verwenden, auch wenn er selbst diesen ausführt. Fraglich könnte in diesem Falle erscheinen, wer dann Eigentümer des Bauwerkes wird. Nach §§ 94, 95 B.G.B. bleibt der Grundstückseigentümer, der sein Grundstück mit einem Erbbaurechte belastet, trotz dieser Belastung nach wie vor Eigentümer des vorhandenen Bauwerkes, während der Erbbauberechtigte Eigentümer des von ihm in Ausübung seines Rechtes auf dem Grundstücke errichteten Gebäudes und damit zugleich der eingefügten Materialien wird. Belanglos muß im letzteren Falle der Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes erscheinen, ferner der Umstand, ob es sich um die Herstellung eines bei der Rechtsbegründung überhaupt noch nicht vorhandenen oder um die durch den Berechtigten erfolgende Wiederherstellung eines dem Bodeneigentümer gehörenden, aber nachmals zerstörten Bauwerkes handelt. Die bloße Ausbesserung eines dem Grundstückseigentümer gehörenden Bauwerkes kann natürlich keine solche Wirkung erzeugen. Dagegen wird das vom Erbbauberechtigten an Stelle des zerstörten Bauwerkes neu errichtete nebst den eingefügten alten, im Eigentume des Grundstückseigentümers stehenden Materialien Eigentum des Erbbauberechtigten. Daß die Materialien dem Grundstückseigentümer gehörten, begründet für ihn höchstens einen Vergütungsanspruch gemäß § 951 B.G.B.

4. Rechtliches Schicksal des Bauwerkes beim Erlöschen des Erbbaurechtes.

Das rechtliche Schicksal des vom Erbbauberechtigten in Ausübung seines Rechtes errichteten, also in seinem Eigentum stehenden Bauwerkes beim Erlöschen des Erbbaurechts wird in der Praxis wohl stets im Bestellungsvertrage eingehend bestimmt sein, in der Regel wird es, entgeltlich oder unentgeltlich, dem Grundstückseigentümer zufallen. Ein rechtlicher Anhaltspunkt dafür, daß das Bauwerk mit dem Erlöschen des Erbbaurechts kraft gesetzlicher Notwendigkeit in das Eigentum des Grundstückseigentümers übergehen müßte, ist nicht ersichtlich, es wird daher durch das Erlöschen des Rechtes das Eigentum des Erbbauberechtigten am Bauwerke nicht beeinträchtigt, nur sein Recht, das Bauwerk auf dem fremden Boden zu haben, nicht sein Recht am Bauwerke selbst ist beseitigt.[1]) Mit dem Untergange des Erbbaurechts fehlt es allerdings an einer Sache, deren Bestandteil das Bauwerk bilden könnte, es wird daher jetzt zu einer selbständigen Sache, welche aber als früherer, nunmehr getrennter Bestandteil des mit Liegenschaftscharakter ausgestatteten Erbbaurechts gemäß § 953 B.G.B. im Eigentum des Erbbauberechtigten verbleibt. Nach der herrschenden Ansicht[2]) ist nunmehr das Bauwerk, wie allgemein die unter § 95 B.G.B. fallenden Werke und Gebäude, als bewegliche Sache anzusehen oder doch nach deren Regeln entsprechend zu behandeln. Gierke insbesondere führt aus, daß keinenfalls das Liegenschaftsrecht darauf angewendet werden könne, da diese Sachen nicht im Grundbuch erschienen; es bleibe also nur die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Mobilien, freilich unter Beschränkung durch die Natur der Sache. Das Erlöschen des Erbbaurechtes hat also angesichts der eben dargelegten

[1]) vgl. Oertmann, Archiv f. bürgerl. Recht a. a. O. S. 187.

[2]) Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht 1897 S. 37; Klein a. a. O. S. 32 Anm. 29; Grünberg a. a. O. S. 51; Endemann, Lehrbuch 8. Aufl. § 52 Nr. 28.

Eigentumsverhältnisse zur Folge, daß der Bodeneigentümer vom Erbbauberechtigten Räumung des Grundstücks, nicht aber etwa Herausgabe bezw. Räumung des von letzterem errichteten Bauwerkes verlangen kann; dieser kann vielmehr lediglich (negatorisch) zur Wegnahme des Bauwerkes gezwungen werden. Der Verpflichtung des Berechtigten zur Beseitigung des von ihm errichteten Bauwerkes entspricht sein Recht zur Wegnahme desselben und der daraus gewonnenen Materialien. Da das vom Berechtigten in Ausübung seines Rechtes aufgeführte Bauwerk nicht Bestandteil des belasteten Grundstücks wird, vielmehr auch nach Erlöschen des Erbbaurechtes im Eigentume des Berechtigten verbleibt, so gründet sich dieses Wegnahmerecht nicht etwa auf die Bestimmung des § 997 B.G.B., sondern stellt sich als ein Ausfluß des Eigentums am Bauwerk dar; der Grundstückseigentümer kann also auch nicht die Wegnahme gemäß § 997 Abs. 2 abwenden. Maßgebend dagegen ist wohl § 997, wenn es sich um Verwendungen handelt, welche der Berechtigte während der Dauer seines Rechtes auf das im Eigentume des Bodeneigentümers stehende Bauwerk gemacht hat. Der Berechtigte erhält sich also nicht nur zum mindesten den Abbruchswert des ihm gehörenden Bauwerkes, „sondern gewinnt auch dem Grundeigentümer gegenüber ein höchst wirksames Pressionsmittel, um ihn zur käuflichen Übernahme des Gebäudes gegen einen annehmbaren Preis zu bewegen“ (Oertmann, Archiv f. bürgerl. Recht a. a. O. S. 188).

Achter Abschnitt.

Schutz des Erbbaurechts und Zwangsvollstreckung in dasselbe.

A. Schutz.

Da, wie wir oben (Abschn. III, Kap. 4) gesehen haben, der Erbbauberechtigte stets unmittelbarer Besitzer ist, in Ansehung des Grundstücks immer Fremd-, bezüglich des Bauwerkes Fremd- oder Eigenbesitzer, so genießt er vor allem den Besitzesschutz, dessen Grundlage im B.G.B. der unmittelbare Besitz ist (§ 868, Mot. S. 478). Wenn sich sein Recht nach § 1013 B.G.B. auf einen unbebauten Teil des Grundstückes erstreckt, so wird er regelmäßig auch Besitzer dieses Teiles sein. Hat er aber an dem unbebauten Teile nicht Besitz, sondern nur ein beschränktes Benutzungsrecht, so wird er, soferne die Eintragung des Erbbaurechts dieses Benutzungsrecht mitumfaßt, dieses sich also als eine Ausdehnung und als ein Ausfluß des Erbbaurechts, nicht als eine demselben als herrschendem Grundstücke zustehende Grunddienstbarkeit darstellt, nach Analogie des § 1022 B.G.B. Besitzesschutz beanspruchen können.[1]) Im Falle verbotener Eigenmacht gegen den Erbbauberechtigten stehen dem Bodeneigentümer als mittelbarem Besitzer die im § 869 B.G.B. bestimmten Rechte zu.

Aus der analogen Behandlung, welche das Erbbaurecht des B.G.B. im allgemeinen mit dem Eigentum erfahren hat,

[1]) Übereinstimmend Windscheid-Kipp S. 1003 Z. 6; Planck Anm. 6 zu § 1012.

ergibt sich, daß das Recht auch dem Eigentume vergleichbar geschützt werden muß: auf das Erbbaurecht finden die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 1017 Abs. 2). Der Erbbauberechtigte wird so behandelt, wie wenn er Eigentümer des belasteten Grundstückes wäre; während daher dem Inhaber einer Grunddienstbarkeit nur der Anspruch aus § 1004 B.G.B. gewährt ist (§ 1027), stehen dem Erbbauberechtigten sowohl die Negatorienklage (§ 1004) als auch die Vindikationsklage (§§ 985 ff.) zu. Durch das Vindikationsrecht und den negatorischen Anspruch des Erbbauberechtigten wird das Vindikationsrecht, und unter Umständen auch der negatorische Anspruch des Eigentümers nicht ausgeschlossen. Selbstverständlich kann der Vindikation des Eigentümers gegenüber der Erbbauberechtigte, sowie derjenige Besitzer, welcher sein Recht zum Besitze vom Erbbauberechtigten ableitet, die Herausgabe nach § 986 B.G.B. verweigern.

Bei Beeinträchtigungen des Erbbaurechtes durch einen Überbau ist gemäß § 916 B.G.B. der Erbbauberechtigte entschädigungsberechtigt. Die Vorschrift des § 915 paßt auf den Erbbauberechtigten nicht, deshalb sind nur die § 912—914 für entsprechend anwendbar erklärt. Auch der Erbbauberechtigte hat also nur unter den Voraussetzungen des § 912 einen Rentenanspruch gegen den jedesmaligen Eigentümer des Grundstückes, von dem aus der Überbau stattgefunden hat; doch geht wohl das dem Erbbauberechtigten gegen den Überbau zustehende Widerspruchsrecht an sich nicht notwendig sofort nach der Grenzüberschreitung, sondern erst dann verloren, wenn nicht sofort nach der Beeinträchtigung des Rechtes der Widerspruch erklärt wird. Wer die Beseitigung wegen Widerspruchs verlangt, hat dessen rechtzeitige Erhebung zu beweisen. Der Rentenanspruch hört einerseits mit dem Wegfall des Erbbaurechts, andererseits mit der Beseitigung des Überbaues auf. Konkurrieren mehrere Berechtigte, so ist für jeden von ihnen die Rente selbständig zu bestimmen (vgl. Prot. III S. 138). Der Anspruch ist unverjährbar; in der zweiten

Kommission bestand Einigkeit darüber, daß im Falle des § 916 die Verjährung nicht Platz greife, weil es sich nicht um einen der Verjährung unterliegenden Anspruch, sondern um ein Recht handle (Prot. VI S. 231). Im § 912 B.G.B. spricht das Gesetz zwar nur vom Grundstückeigentümer als dem Bauenden; was aber von diesem gesagt ist, wird mit Rücksicht auf § 1017 auch vom Erbbauberechtigten zu gelten haben.

Während die Bestimmungen über die Herstellung eines Notweges (§§ 917, 918 B.G.B.) gleichfalls auf den Erbbauberechtigten entsprechende Anwendung finden, wird der Anspruch auf Abmarkung des Grundstückes (§ 919 B.G.B.) nicht hierher gehören, sondern nur dem Eigentümer des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstückes zustehen, wie auch nur dieser für seine Person passiv legitimiert ist.[1])

Endlich sei noch erwähnt, daß bei einer Gefährdung des Erbbaurechts durch eine Unrichtigkeit des Grundbuches — wie schon oben ausgeführt — der Berichtigungsanspruch (§ 894) besteht.

B. Die Zwangsvollstreckung ins Erbbaurecht.

In der C.P.O. werden solche Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, den Grundstücken für die Zwangsvollstreckung und den Arrest ganz allgemein gleichgestellt. Die hierauf bezüglichen ausdrücklichen Bestimmungen sind in den §§ 864 Abs. 1, 870 Abs. 1 und 932 C.P.O. enthalten. Die Zwangsvollstreckung in das Erbbaurecht erfolgt also durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung, durch Zwangsversteigerung und durch Zwangsverwaltung (§ 866 Abs. 1 C.P.O.). Auf Grund des § 869 C.P.O. finden die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Erbbaurechts ihre Regelung im Gesetze, betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, vom 24. III. 97 (R.G.Bl. 98 S. 713). Die Vollziehung des Arrestes ins Erb-

[1]) a. A. Planck Anm. 3 zu § 919, doch wird ihm von Kretzschmar (a. a. O. S. 444) entscheidend entgegengetreten.

baurecht erfolgt durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung gemäß § 932 C.P.O. Die Zwangsvollstreckung ins Erbbaurecht vermag natürlich in keiner Weise einen Einfluß auf das Eigentum am belasteten Grundstücke sowie auf dessen Belastungen auszuüben. Auch wenn das Recht im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert oder belastet werden soll, hat die Anlegung eines besonderen Blattes für dasselbe von Amtswegen zu erfolgen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.